

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO AUGUSTO SATO

**O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: ASPECTOS JURÍDICOS DA
MEDIDA SOCIOEDUCATIVA**

CURITIBA

2015

LEANDRO AUGUSTO SATO

**O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: ASPECTOS JURÍDICOS DA
MEDIDA SOCIOEDUCATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2015

AGRADECIMENTOS

A caminhada até o final da graduação em Direito não foi, de modo algum, fácil. Entretanto, com o apoio e participação de algumas pessoas, a quem agradeço imensamente, ela se tornou muito mais simples e prazerosa.

Primeiramente, aos meus pais, Ana Maria da Silveira Sato e Amélio Noboru Sato, por todo o amor e carinho incondicionais, pelo exemplo que são para mim e por todo o esforço despendido em minha educação e formação, sem os quais não teria chego até aqui.

À minha irmã, Jéssica Laís Sato, que sempre me apoiou e me incentivou a perseguir meus sonhos.

À minha namorada e melhor amiga, Gisele Marchetti, por toda a compreensão e cumplicidade durante estes anos.

Ao meu orientador e estimado professor, Paulo César Busato, por toda a dedicação, paciência e atenção ao longo da realização desta monografia e de todo o curso.

Aos amigos que me acompanharam no dia-a-dia ao longo destes cinco anos, sem os quais a Santos Andrade certamente não teria sido a mesma: Alessandra Wolff Carvalho, Davi Scopel, Eduardo Silveira, Felipe Teixeira, Maíra Gomes, Pedro Oliveira, Rodrigo Piccolotto e Willian Moribayashi.

E por fim, mas certamente não menos importantes, aos amigos de longa data, irmãos que a vida me deu: Ariel Kollross, Felipe Arita, Henrique Augusto, Lucas Floriani, Mariana Kamiya.

Muitíssimo obrigado!

*Les grandes personnes ne comprennent jamais rien toutes
seules, et c'est fatigant, pour les enfants, de toujours et
toujours leur donner des explications*

Antoine de Saint-Exupéry, 1943

RESUMO

A medida socioeducativa é a consequência jurídica aplicável ao adolescente – sujeito entre 12 e 18 anos – que pratica um ato infracional – qualquer conduta tipificada como crime quando cometida por um adulto. Sua natureza jurídica e finalidade, entretanto, são tema de amplos debates e divergências doutrinárias, com sérias consequências práticas. Assim, no presente estudo, partindo de uma perspectiva histórica da infância e da adolescência e do estudo crítico da delinquência juvenil, em primeiro lugar, busca-se compreender as discussões existentes quanto à finalidade da medida socioeducativa, demonstrando-se a existência de posições opostas, algumas defendendo a finalidade pedagógica e outras combatendo-a. Em segundo momento, objetiva-se refutar o Direito Penal Juvenil, demonstrando que a medida socioeducativa não deve possuir qualquer caráter penal ou punitivo, combatendo o argumento de que este é o único caminho para proteger os direitos de adolescentes em conflito com a lei e conferir-lhes as garantias devidas ao longo do processo. Afinal, resta claro que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei nº 8.069 de 1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente –, ao aderirem à Doutrina da Proteção Integral, reconhecem e conferem aos jovens todas as garantias necessárias para a proteção de seus direitos, sendo necessário, assim, ao contrário de um Direito Penal especializado para a infância e juventude, a defesa de um Direito Infracional autônomo, com fundamento constitucional e democrático.

Palavras-chave: Infância e adolescência; medida socioeducativa; finalidade; natureza Jurídica; Direito Infracional.

ABSTRACT

The educational measures are juridical consequences that are applied to teenagers – person between 12 and 18 years old – who practice an infracional act – any conduct typified as crime when committed by an adult. It's juridical nature and finality, however, are theme of large debates and doctrinaire divergences, with serious practical consequences. Therefore, the present study, from a historical perspective of the childhood and the adolescence and a critical study of the juvenile delinquency, seeks to, first, comprehend the existing debates regarding the finalities of the educational measures, demonstrating the existence of opposite opinions, some defending the pedagogical finality and others refusing it. Second, it seeks to refute the Juvenile Penal Law, demonstrating that the educational measure must not have any penal or punitive feature, against the argument that this is the only path to protect the rights of adolescents in conflict with the law and ensure them the necessary guarantees trough the process. At last, it is clear that both the Federal Constitution of 1988 and the Law No. 8.069 of 1990 – the Statute of the Child and Adolescent –, attending the Integral Protection Doctrine, recognize and give the youth all the necessary guarantees to protect its rights, being necessary, then, not a Penal Law specialized in the childhood and youth, but the sustenance of an autonomous Infracional Law, with a constitutional and democratic basis.

Key words: Childhood and adolescence; educational measures; finality; juridical nature; Infracional Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. O RECONHECIMENTO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA E A DELINQUÊNCIA JUVENIL.....	11
2.1. O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITO.....	12
2.2. A ADOLESCÊNCIA E A DELINQUÊNCIA JUVENIL	14
2.3. CONCEITO DE DELINQUÊNCIA JUVENIL.....	18
2.4. CAUSAS DA DELINQUÊNCIA JUVENIL	19
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS FATOS TÍPICOS PRATICADOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL.....	27
3.1. O DIREITO PENAL DO MENOR – ETAPA PENAL INDIFERENCIADA	28
3.2. Doutrina da Situação Irregular – Etapa Penal Tutelar.....	34
3.3. Doutrina da Proteção Integral – Etapa Penal Garantista	41
4. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INGERAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	44
4.1. Os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente	48
4.1.1. Princípio da Prioridade Absoluta	49
4.1.2. Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento	51
4.1.3. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	53
5. O ATO INFRACIONAL E A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA.....	56
5.1. O conceito de ato infracional.....	56
5.1.1. A Natureza Jurídica do Ato Infracional	57
5.2. A medida socioeducativa	61
5.2.1. As espécies de medidas socioeducativas	62
5.2.2. Os discursos sobre a medida socioeducativa	65
5.2.2.1. <i>A medida socioeducativa enquanto mecanismo de proteção</i>	66
5.2.2.2. <i>A medida socioeducativa enquanto pena</i>	68
5.2.2.3. <i>A medida socioeducativa enquanto medida judicial strictu sensu</i>	69
5.2.3. A questão pedagógica	71
6. O CARÁTER DAS MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS E O DIREITO PENAL JUVENIL.....	82

6.1. AS GARANTIAS CONSAGRADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	89
7. CONCLUSÃO	95
BIBLIOGRAFIA	99

1. INTRODUÇÃO

No presente estudo pretende-se realizar um estudo acerca da delinquência juvenil, com foco em suas consequências jurídicas: ou seja, a medida socioeducativa aplicada quando um adolescente pratica um ato infracional. Neste ponto, busca-se responder a duas perguntas centrais: 1) qual a natureza jurídica da medida socioeducativa? e 2) possui a medida socioeducativa finalidade pedagógica?

Este assunto mostra-se de extrema relevância, tanto jurídica quanto social. Isso se percebe facilmente ao analisar o Panorama Nacional da Execução de Medidas Socioeducativas de Internação¹, realizado em 2012 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que demonstrou a existência de 1.898 adolescentes cumprindo medidas de internação em nosso país. Note-se que este número se refere, tão somente, às medidas de internação, sendo que existem outras cinco previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 112, quais sejam, advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e semiliberdade. Assim, ante ao grande número de jovens em cumprimento de medidas socioeducativas, extremamente importante à análise deste instituto jurídico, a compreensão de sua natureza jurídica e o estudo de sua finalidade.

Ademais, trata-se de tema de grande atualidade. Afinal, diariamente observa-se na mídia reportagens e matérias referentes à delinquência juvenil, sendo que a redução da maioridade penal é um assunto extremamente debatido diariamente em nossa sociedade, tendo, inclusive – e lamentavelmente – sido aprovada a PEC 171/1993 pelo Congresso Nacional em agosto de 2015, autorizando a redução da maioridade penal para dezesseis anos para os crimes hediondos, homicídio doloso e lesão seguida de morte.

Assim, a fim de melhor compreender este instituto jurídico, analisaremos em primeiro lugar a evolução histórica da delinquência juvenil e o

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama Nacional: A Execução das Medidas Sócioeducativas de Internação*. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/panorama_nacional_justica_ao_jovem.pdf>. Acesso em 24/10/2015.

reconhecimento da infância e da adolescência, bem como do tratamento a eles destinado.

Em seguida, buscaremos compreender a evolução histórica do tratamento conferido aos jovens autores de condutas tipificadas como crimes. Assim, tentaremos entender quais foram e como se configuraram cada uma das três etapas de tratamento dos jovens infratores ao longo da história – etapas indiferenciada, tutelar e garantista –, a fim de melhor analisar o fenômeno da delinquência juvenil na atualidade.

O quarto capítulo, por sua vez, será destinado à análise do atual panorama do tratamento dos adolescentes infratores, a partir do estudo da Doutrina da Proteção Integral e do Estatuto da Criança e do Adolescente, suas disposições e seus princípios.

Por fim, no quinto e sexto capítulos tratar-se-á especificamente do ato infracional e da medida socioeducativa, buscando compreender seus conceitos e naturezas jurídicas, bem como expor as divergências doutrinárias acerca destes institutos. Por fim, será analisado pontualmente a possibilidade de uma finalidade pedagógica na medida socioeducativa e, em especial, o Direito Penal Juvenil, verificando-se os argumentos que o sustentam e as críticas que a ele podem ser feitas.

2. O RECONHECIMENTO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA E A DELINQUÊNCIA JUVENIL

A situação dos adolescentes autores de atos infracionais no Brasil, em razão do aumento da violência e da grande exploração da mídia nacional, tem gerado grande impacto na sociedade e diversos questionamentos sobre a responsabilidade penal destes infratores.

De fato, verificam-se recorrentes debates sobre a redução da maioria penal, sobretudo com a lamentável aprovação da PEC 171/1993 pelo Congresso Nacional em agosto deste ano, refletindo a centralidade atribuída aos adolescentes no atual cenário da criminalidade urbana. De acordo com uma pesquisa realizada em abril de 2007 pela Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública do Senado Federal², 87% dos entrevistados acreditam que os “menores”³ infratores devem receber a mesma punição dos adultos. Quanto à maioria penal, de acordo com a pesquisa, 36% dos entrevistados entendem que deve ser fixada nos 16 anos; 29% consideram adequada a fixação nos 14 anos; e 21% entendem que a punição deve ser aplicada a partir dos 12 anos. Para os demais 14%, não deveria existir maioria penal⁴.

Ademais, é de se notar que a delinquência juvenil não é tema recorrente apenas na opinião pública, mas também em diversos discursos e representações políticas. Nas eleições de 2014, por exemplo, diversos candidatos à Presidência da República apresentaram plano para o combate à violência envolvendo a redução da maioria penal.

² BRASIL, Senado Federal. *Pesquisa de opinião pública*. Violência no Brasil. Brasília: Senado Federal, DataSenado, 2007.

³ Apontamento válido aqui é a percepção necessário acerca do termo “menor”. Não há porque, atualmente, continuarmos nos referindo às pessoas com idade inferior a 18 anos como “menores”. Trata-se, em verdade, de um termo carregado de preconceitos, ligando-se sempre à miséria e violência. Isso se percebe a todo momento na mídia: “menores” nunca estão em boas escolas privadas, ao mesmo tempo em que crianças nunca estão em Centros Socioeducativos (Cases). Em termos legais, criança é a pessoa com até 12 anos de idade e adolescente aquela que possui entre 12 e 18 anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, não utiliza a palavra “menor” em momento algum, e isto não é aleatório: demonstra a oposição do novo estatuto ao Código do Menor e suas disposições.

⁴ A pesquisa foi realizada com 1.068 entrevistados em 130 municípios localizados em 27 Estados brasileiros, considerando o agrupamento dos municípios segundo o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal e as populações potencialmente eleitorais, com idade igual ou superior a 16 anos. As entrevistas foram realizadas por telefone.

Assim, inegável que as infrações cometidas por adolescentes são tema central da política, da sociologia, do direito penal e da criminologia atualmente. Entretanto, tratar da delinquência juvenil não é tarefa fácil. Além de envolver a evolução e conquista dos direitos das crianças e adolescentes, há a necessidade de se perceber a sua condição peculiar de desenvolvimento, em seus aspectos psicológicos, físicos e sociais, além de questões práticas de nossa realidade, como as condições das instituições em que cumprem os jovens suas medidas socioeducativas, os programas pedagógicos a serem aplicados e o custo gerado para o Estado.

Assim, em primeiro momento, visando possibilitar a análise e compreensão crítica do caráter das respostas jurídicas ao ato infracional – as medidas socioeducativas –, indispensável compreender a delinquência juvenil, seu conceito e causas, bem como sua relação com a adolescência.

2.1. O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITO

Até o século XVIII, as crianças e adolescentes foram tratados com indiferença pela sociedade, sendo considerados meros objetos pertencentes aos seus pais. Desde o estudo de Philippe ARIÈS⁵, em 1973, reconhece-se que infância e adolescência são construções sociais e históricas que inexisteram na Idade Média.

O reconhecimento da infância e da adolescência, portanto, parte de complexos processos de transformação social, envolvendo não apenas a família, mas também fenômenos sociais como a industrialização, a universalização do ensino e o desenvolvimento do individualismo filosófico, político e religioso. Além disso, as transformações na família, sobretudo pela

⁵ ARIÈS, Philippe. *L'enfant et la famille sous l'Ancien Régime*. Paris: Éditions du Seuil, 1973.

inserção de seus membros no mundo do trabalho urbano industrial, são centrais para a emergência da adolescência⁶.

É a partir deste contexto, portanto, que a adolescência é constituída como problema e fonte de preocupações sociais. De acordo com ADORNO, BORDINI e LIMA

Por um lado, enfoca-se o adolescente como objeto de atenção especial e especializada: restringem-se suas horas de trabalho fabril; regulamenta-se a educação compulsória; desenvolvem-se programas próprios de lazer e ocupação do tempo livre, ao que tudo indica raiz primária das chamadas culturas juvenis. Neste cenário, o adolescente vai adquirindo cada vez mais autonomia, especialmente nas grandes metrópoles industriais. Ele passa a ser reconhecido como portador de um querer próprio que precisa ser respeitado nos mais distintos aspectos da vida pessoal independente: escolha profissional, vestuário, consumo, lazer, iniciação e atividade sexual. Mas, por outro lado, essa mesma autonomia é vista como fonte de riscos, entre os quais, talvez o mais temido, seja o envolvimento com o mundo do crime e da violência⁷.

É importante ressaltar, entretanto, que sendo reconhecidos crianças e adolescentes como sujeitos, é importante respeitar sua dignidade, sua individualidade e seus direitos. Não se tratam mais, como visto, de meros objetos à livre disposição de seus pais ou guardiões. É neste ponto, na necessidade de respeito à criança e ao adolescente enquanto sujeitos – e, sobretudo, na percepção de que atualmente eles não são, muitas vezes, considerados como tal – que reside toda a discussão deste trabalho.

Afinal, conforme afirmam Alexandre Morais da ROSA e Ana Christina Brito LOPES:

Qualquer um que se aproxima das práticas institucionais voltadas para a infanto-adolescência poderá perceber o quanto é surreal e distante o papel de sujeito atribuído aos antes "menores". Aliás, a perpetuação desta denominação parece apontar para a continuidade da condição de objeto, que ainda se mantém na prática. São objetos da própria família e na

⁶ ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T.; LIMA, Renato Sérgio de. *O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana*. São Paulo Perspec, v. 13, n. 4, São Paulo, out./dez., 1999.

⁷ *Idem*.

sequência de outros adultos que se interessem por usá-los sob o discurso de estarem contribuindo para sua formação⁸.

Assim, tendo em mente sempre o fato de que estes jovens são sujeitos e que devem ser considerados como tal, partimos para a análise da delinquência juvenil.

2.2. A ADOLESCÊNCIA E A DELINQUÊNCIA JUVENIL

Juntamente com a compreensão da complexidade da adolescência surgiu a preocupação com a delinquência juvenil e, conseqüentemente, teorias foram criadas para tentar explicar seu conceito e causas.

Sérgio ADORNO, Eliana B. T. BORDINI e Renato S. de LIMA⁹ apontam que, a partir deste ponto, surgiram quatro formas básicas de se tratar a delinquência juvenil. A primeira forma se baseou em opiniões e informações propagadas pela mídia, as quais projetavam um risco exagerado, legitimando a atuação excessivamente rigorosa de diversos agentes sociais e de contenção social. A segunda fase se fundamentou na observação da evolução da delinquência a partir de dados estatísticos oficiais, demonstrando que o envolvimento de jovens em ofensas graves é inferior à violência praticada contra eles. Na terceira forma foram abordadas as causas da associação dos jovens à criminalidade, envolvendo influências individuais, familiares, escolares, dos pares e da comunidade. A quarta forma de abordagem, por fim, trata das políticas públicas utilizadas para reverter ou equilibrar o problema da delinquência.

Entretanto, antes de adentrar propriamente na discussão da delinquência juvenil e de suas causas, importante esclarecer que, de um ponto de vista psicológico, é pacífico o entendimento de que a relação entre a

⁸ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. XX-XXI.

⁹ ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T.; LIMA, Renato Sérgio de. *O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana*. São Paulo Perspec, v. 13, n. 4, São Paulo, out./dez., 1999.

adolescência e a transgressão é obrigatória e necessária para o desenvolvimento, crescimento e criação de novas formas de socialização. De acordo com Renata BENAVENTE¹⁰, as infrações podem surgir como estratégias de organizar o caos interior do adolescente, sendo que o comportamento antissocial na fase da adolescência, estatisticamente, pode ser considerado normativo.

Afinal, a adolescência é um momento traumático na vida de qualquer sujeito, no qual se encontra o “real do sexo, desligamento dos pais, conflito de gerações e perplexidade sobre o futuro, mormente numa realidade à margem do capitalismo, em que a esperança está minguando”¹¹.

Assim, conforme afirmam Stéphane BOIRON¹² e Bruna Gisi Martins de ALMEIDA¹³, percebe-se que a adolescência, tida como fase de transitoriedade entre a infância e a vida adulta, é um momento de crise, de mudança intrapsíquica que traduz um necessário abandono da identidade infantil e construção da identidade adulta, o que pode levar a desvios.

De acordo com ALMEIDA¹⁴:

os adolescentes seriam concebidos, portanto, como sujeitos que contém uma predisposição para a transgressão, tida como uma característica própria dessa fase da vida, natural dessa fase da vida. A discussão sobre as diferenças entre o normal e o patológico era infundável, pois a adolescência "normal" é potencialmente "patológica" e "delinquente".

Assim, conclusivas as teses de Didier PINGEON¹⁵, no sentido de que a delinquência juvenil constituiria um parâmetro do processo normal de socialização:

¹⁰ BENAVENTE, Renata. Delinquência Juvenil: da disfunção social à psicopatologia. *Aná.Psicológica*, Lisboa, v. 20, n. 4, nov. 2002.

¹¹ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional*: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47.

¹² BOIRON, Stéphane. *About delinquency in migrant's adolescents nowadays, what are the ties with the integration, the self esteem and the anxiety*. Philosophy. Université de Grenoble. 2011.

¹³ ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. *A experiência da internação entre adolescentes: práticas punitivas e rotinas institucionais*. 177 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2010.

¹⁴ *Ibid.*, p. 108.

se, por outro lado, considerarmos a delinquência como sintoma de patologia (em que a personalidade está perturbada e há perigo para a sociedade), mais do que estigmatizar importa, muitas vezes, assumi-la como estratégia de socialização em que o jovem é muitas vezes vítima da constelação familiar, do sistema escolar, da situação sócio-cultural e dum universo subtilmente repressivo. Encontram-se em muitos delinquentes, marcas de desespero e de autodestruição, embora seja prematuro considerá-los potenciais suicidas ou autodestruidores de forma simplista¹⁶.

Com muita propriedade, Juarez CIRINO DOS SANTOS assim explica:

em oposição à ideologia oficial, a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenómeno social normal (com exceção da grave violência pessoal, patrimonial ou sexual), que desaparece com o amadurecimento: infrações de bagatela e de conflito do adolescente seriam expressão de comportamento experimental, e transitório dentro de um mundo múltiplo e complexo, e, não uma epidemia em alastramento, cuja ameaça exigiria estratégias de cerco e aniquilamento. As ações anti-sociais características da juventude não constituem, isoladamente e por si sós, raiz da criminalidade futura do adulto, nem passagem para formas mais graves de criminalidade, como homicídios, roubos e estupros, por exemplo: o carácter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas, explica sua extinção espontânea durante a fase da chamada "Peack-age" e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos de educação¹⁷.

Igualmente, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, ao tratarem sobre o surgimento de uma *youth culture* – sobretudo após o afastamento progressivo dos jovens dos papeis funcionais da economia no século XIX, com diversas legislações proibindo o trabalho infantil e tornando obrigatória a educação – afirmam que

¹⁵ PINGEON, Didier. *La délinquance juvénile stigmatisée*. Genève: Université de Genève, Faculté de psychologie et des sciences de l'éducation. 1982.

¹⁶ BENAVENTE, Renata. Delinquência Juvenil: da disfunção social à psicopatologia. *Aná. Psicológica*, Lisboa, v. 20, n. 4, nov. 2002.

¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2002, p. 122.

esta *cultura* ou *subcultura* assume, naturalmente, um recorte muito peculiar quanto ao seu conteúdo, gênese e relação com a cultura dominante. Ela surge, desde logo, como resposta a problemas comuns – estados de ansiedade, crise de identidade, problemas de *status*, expectativas conflitantes, etc. – da juventude contemporânea¹⁸.

Vão mais além, entretanto. Apontam que esta cultura implica em claras ambiguidades, uma vez que busca ensinar aos jovens virtudes de responsabilidade e trabalho, mas os exclui de processos produtivos, bem como exige deles um pensamento crítico, enquanto os obriga a permanecer dentro dos limites do *status quo*. Enfim, "são tratados como adultos, mas recusa-se-lhes o acesso a todas as gratificações próprias deste estado"¹⁹. Assim, são levados a práticas que, embora não confrontem frontalmente a cultura dominante, são ilegais e sancionadas, tais quais "actos de vandalismo, jogo, embriaguez, consumo de estupefacientes, furto de dinheiro e de automóveis, infracções às normas ou padrões sexuais, etc."²⁰.

Aliás, é importante notar a existência, entre sociólogos e criminólogos, de um debate quanto ao próprio crime ser ou não um fenômeno patológico. Émile DURKHEIM, já em 1895, ao escrever seu clássico *As Regras do Método Sociológico*, afirmava a normalidade social do crime, escrevendo que

Se há um fato cujo caráter patológico parece incontestável, é o crime. (...) O problema, porém, deveria se tratado com menos presteza. (...) O crime não se observa apenas na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos. Não há nenhuma onde não exista uma criminalidade. Esta muda de forma, os atos assim qualificados não são os mesmos em toda parte; mas, sempre e em toda parte, houve homens que se conduziram de maneira a atrair sobre si a repressão penal. (...) O que é normal é simplesmente que haja uma criminalidade, contanto que esta atinja e não ultrapasse (...) certo nível que talvez não seja impossível fixar de acordo com as regras precedentes²¹.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 303.

¹⁹ *Ibid.*, p. 305.

²⁰ *Idem.*

²¹ DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 66-67.

Assim, se é possível afirmar que o crime é um fenômeno normal em qualquer sociedade, mais ainda que a delinquência juvenil o será, tendo em vista a peculiar condição de desenvolvimento na qual se encontram os adolescentes – esta fase própria de conflitos e dilemas internos pela qual passam todas as pessoas.

Deste modo, considerando-se sempre tais pressupostos, passamos à análise do conceito da delinquência juvenil.

2.3. CONCEITO DE DELINQUÊNCIA JUVENIL

O termo “delinquência juvenil” não é unívoco, existindo diversas posições sobre o tema. César Barros LEAL²² destaca três posições majoritárias. Em primeiro, a delinquência juvenil como os comportamentos antissociais praticados por “menores” e que sejam tipificados nas leis penais; em segundo, a delinquência juvenil não limitada a uma perspectiva jurídica, incluindo também comportamentos anormais, irregulares ou indesejáveis; em terceiro, além do estabelecido nas posições anteriores, um conceito que inclui aqueles jovens que, por certas circunstâncias ou condutas, necessitem de reeducação, cuidado e proteção.

Assim, percebe-se que, nas duas últimas correntes apontadas por LEAL, inclui a expressão “delinquência juvenil” uma série de condutas que não constituiriam delitos se praticadas por adultos. Nesse sentido, já em 1959 Sergio Muniz de SOUZA conceituava o fenômeno como “a violação – potencial, tentada ou consumada – de lei penal por menor”²³, incluindo em “potencial” aqueles comportamentos reprováveis, a exemplo a frequência a bares, a permanência na rua durante a noite, o absenteísmo escolar ou a vagabundagem habitual.

²² LEAL, César Barros. *A delinquência juvenil: seus fatores exógenos e prevenção*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1983. p. 43.

²³ SOUZA, Sergio Muniz. *Delinquência Juvenil*. Rio de Janeiro: Agir. 1959, p. 16-17.

Já em 1960, entretanto, no Segundo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente²⁴, realizado em Londres, recomendava-se que o termo “delinquência juvenil” fosse restrito àqueles jovens que cometeram infrações criminais, não devendo incluir atitudes que, embora indesejáveis, não são penalmente tipificadas.

A questão que se faz, então, é por que é melhor restringir a delinquência aos atos que, praticados por adultos, são crimes? De acordo com o relatório da ONU²⁵, tal restrição é importante para possibilitar maior foco na prevenção de atitudes que precisam ser evitadas. Além disso, importante a noção de que existem jovens que, embora precisem de ajuda ou proteção, não cometeram infrações. Há uma diferença entre mau comportamento e delinquência. Ao se permitir que sejam enquadrados como delinquência quaisquer atos que, praticados por adultos, não constituem crimes, poderia resultar em ainda mais exclusão social e injustiças. Tomemos como exemplo a embriaguez ou a dependência química: analisando a realidade social brasileira, claramente a caracterização de tais “condutas” como delinquência juvenil, capazes de gerar uma repressão por parte do Estado contra o jovem, criaria um verdadeiro direito penal do autor, oprimindo – ainda mais – jovens já marginalizados e excluídos da sociedade. Parece claro que problemas como estes são muito mais uma questão de política social, merecendo atenção e políticas afirmativas por parte do Estado, do que a de uma imputação de medida socioeducativa, como se estivesse se tratando de um delinquente.

Deste modo, parece adequada a definição de delinquência juvenil unicamente como aqueles atos praticados por adolescentes que, se praticados por adultos, configurariam crime ou contravenção penal.

2.4. CAUSAS DA DELINQUÊNCIA JUVENIL

²⁴ ONU. Department of Economic and Social Affairs. *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* – New forms of juvenile delinquency: their origin, prevention and treatment. 1960. Nova Iorque. p. 51-52. Disponível em: < www.un.org >. Acesso em 08/11/2015.

²⁵ *Ibid.*, p.52.

Muitos autores já se dedicaram à análise da etiologia da delinquência juvenil e muitas teses já foram criadas. Afinal, como já referido, o problema é objeto de estudo de diversas áreas, especialmente da psicologia e da sociologia. Cada ponto de vista, cada área de estudo, aponta causas diversas para o fenômeno e merecem análise.

Donald J. SHOEMAKER²⁶ propõe um importante modelo teórico-conceitual explicativo da delinquência juvenil baseado em fatores de risco, compreendendo três níveis de conceituação: estrutural, individual e sócio-psicológico.

O nível estrutural explica a origem da delinquência juvenil a partir dos fatores sociais, ou seja, da carência de controles institucionais e de oportunidades sociais. Assim, o jovem, por extrema pobreza ou por abandono, tenderia a cometer infrações. Além disso, incluem-se aqui fatores como a desigualdade social e o desemprego. Tal concepção, entretanto, sofreu muitas críticas, em razão da desconsideração das opções individuais do sujeito e da proposição de uma relação direta entre pobreza e delinquência.

No nível individual, os mecanismos internos do indivíduo, seus aspectos biológicos e sua personalidade o predisporiam à delinquência. Assim os fatores biológicos hereditários seriam importantes no desenvolvimento e na aprendizagem, podendo criar uma tendência à infração, não sendo, entretanto, determinantes. Quanto à personalidade, constituiria um misto das influências do meio com a bagagem genética individual, constituindo consequências das experiências vividas pelo indivíduo. Neste nível, portanto, seria relacionado ao adolescente infrator traços como a inabilidade de relacionamento, a carência da percepção de culpa ou remorso e a insensibilidade.

O nível sócio-psicológico, por fim, transfere a responsabilidade da delinquência aos entes responsáveis pela formação e adaptação do adolescente, como a escola, a igreja, os amigos e, sobretudo, a família. Assim, trata-se da compreensão de que as influências do meio interferem de maneira relevante na construção da autoimagem do jovem, de modo que a baixa

²⁶ SHOEMAKER, Donald J. *Theories of Delinquency: An Examination of Explanations of Delinquent Behavior*, 1996. In: ASSIS, Simone G.; FEIJÓ, Maria C. O Contexto da exclusão social e de vulnerabilidade de jovens infratores e de suas famílias. *Estudos de psicologia*, 2004, v. 9 (1), p. 157-166.

autoestima ou a estimulação inadequada por seus grupos ou pares tornaria o jovem suscetível à delinquência.

Entretanto, há autores, como Maria Dilma SIQUEIRA, que apontam a necessidade de uma abordagem crítica, com base no materialismo histórico, para melhor compreender o fenômeno da delinquência. Para ela, teorias como a acima exposta teriam sua utilidade limitada à identificação das mediações do comportamento infração, não esclarecendo suas origens. De acordo com a autora:

as características comportamentais dos indivíduos ganham sentido na dinâmica do processo de socialização levando em conta as determinações decorrentes do modo de produção das sociedades proprietárias. Traumas familiares, falhas educacionais, más companhias, desemprego e pobreza não são considerados fatores determinantes de transgressões, mas mediadores entre o contexto social mais amplo e o comportamento delinquente²⁷.

Assim, o Segundo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, de 1960²⁸, buscando compreender os motivos que levam o jovem à infração, e após uma profunda análise de dados colhidos em diversos países, concluiu, em primeiro lugar, que, apesar de ter traços em comum, a delinquência juvenil possuiu características próprias em cada região ou, ainda, em cada país. Ademais, ao apontar a incidência de atos infracionais por jovens, demonstra que as ofensas ao patrimônio são, de longe, predominantes em relação a outros tipos de ofensas.

Ainda, ao buscar estabelecer as causas da delinquência juvenil, o Congresso concluiu que o fenômeno é, em grande parte, resultado das precárias condições de vida em razão da pobreza, apesar da melhora destas condições não resultar, necessariamente, na redução da incidência da delinquência juvenil. Isso porque outros fatores influenciam nos índices, tais quais a guerra, a urbanização e industrialização, a discriminação e a

²⁷ SIQUEIRA, Maria Dilma. A vida escorrendo pelo ralo: as alternativas de existência dos meninos de rua. Estudos de Psicologia, 1996, v. 2, n. 1, p. 162.

²⁸ ONU. Department of Economic and Social Affairs. *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders – New forms of juvenile delinquency: their origin, prevention and treatment*. 1960. Nova Iorque. p. 33. Disponível em: < www.un.org >. Acesso em 08/11/2015.

desintegração familiar, justificando a existência de altos índices de delinquência mesmo em países desenvolvidos. Concluiu, assim, pela existência de diferentes tipos de delinquência:

Além disso, em alguns países altamente desenvolvidos, a delinquência juvenil está se tornando mais e mais um problema de atitudes, enquanto que em países menos desenvolvidos, especialmente da África, Ásia e América Latina, ela ainda pode ser claramente conectada com fatores como a pobreza, a falta de educação, carência de saúde e urbanização (tradução nossa).²⁹

No mesmo sentido, Maria Cristina FEIJÓ e Simone Gonçalves de ASSIS³⁰ realizaram uma pesquisa nas cidades do Rio de Janeiro e Recife com sessenta e um jovens que cometeram atos infracionais graves e se encontravam cumprindo medida socioeducativa.

Da análise dos dados colhidos, concluíram as autoras que a grande maioria dos jovens entrevistados provém de famílias divididas, em que os pais se separaram e, muitas vezes, abandonaram os filhos. Apontaram que a figura do pai é ausente em 37,7% dos casos. Notaram, ainda, que os entrevistados demonstraram certa dificuldade em falar sobre seus sentimentos e sobre a maneira como os membros da família se relacionam entre si³¹.

No que se refere aos aspectos econômicos, FEIJÓ e ASSIS³² relatam que, em sua grande maioria, os infratores entrevistados pertencem a uma classe social baixa, sem maiores recursos, e as ocupações de seus parentes refletem trabalho não especializado, com baixa remuneração. Ainda, que alguns jovens revelam que passaram por uma série de dificuldades quando

²⁹ ONU. Department of Economic and Social Affairs. *Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* – New forms of juvenile delinquency: their origin, prevention and treatment. 1960. Nova Iorque. p.50. Disponível em: < www.un.org>. Acesso em 08/11/2015. No original: "Moreover, in some highly developed countries juvenile delinquency is becoming more and more a problem of attitudes, while in the less developed countries, especially of Africa, Asia and Latin America, it can still be clearly linked with factors such as poverty, lack of education, poor health and urbanization".

³⁰ FEIJÓ, Maria Cristina; ASSIS, Simone Gonçalves de. O contexto de exclusão social e de vulnerabilidades de jovens infratores e de suas famílias. *Estudos de Psicologia*. Natal, v. 9, n. 1., jan./abr. 2004. p. 157-166.

³¹ *Ibid.*, p. 160-161.

³² *Ibid.*, p. 162-163.

crianças ou adolescentes mais jovens, como falta de comida e de uma infraestrutura econômica para suprir suas necessidades básicas.

Quanto à família, as pesquisadoras afirmam que os pais e mães desses adolescentes possuíam uma escolaridade muito baixa. Inclusive, que dentre os entrevistados, todos deixaram de estudar antes de entrar para a vida infracional, além de que 51,7% afirmaram ter familiares que possuíam envolvimento com drogas. Ainda, que apenas 10,9% negaram qualquer história de envolvimento familiar infracional³³.

Por fim, FEIJÓ e ASSIS³⁴ afirmam que a maioria dos infratores entrevistados relatou algum tipo de agressão em casa, dentre os quais suicídio ou acidente de carro do irmão, espancamento sofrido pela mãe e assassinato de pai, irmão, primos e tios, além de alguns relatarem maus tratos psicológicos.

Assim, concluiu o estudo pela existência de diversas vulnerabilidades experimentadas pelos jovens infratores e suas famílias, sobretudo as condições de pobreza, violência, precariedade da saúde e exclusões social que enfrentam.

Quanto aos delitos praticados, de acordo com pesquisa realizada por Sérgio ADORNO, Eliana B. T. BORDINI e Renato S. de LIMA³⁵ sobre a criminalidade juvenil na cidade de São Paulo entre os anos de 1993 a 1996, as infrações contra o patrimônio cometidas por jovens no período representam 51,1%, tendo como principal delito o roubo. Analisando o estudo, verifica-se que os registros referentes ao uso e porte de drogas somaram 4,3%, seu tráfico 2,9% e homicídios 1,3%.

De acordo com os autores, este perfil de distribuição da delinquência juvenil na cidade de São Paulo acompanha tendências internacionais, citando semelhanças com os casos dos Estados Unidos, França e Inglaterra. Ainda, de acordo com os pesquisadores, no período de 1991 a 1996, na cidade do Rio de Janeiro, houve um aumento de 25% nas infrações violentas cometidas por

³³ FEIJÓ, Maria Cristina; ASSIS, Simone Gonçalves de. O contexto de exclusão social e de vulnerabilidades de jovens infratores e de suas famílias. *Estudos de Psicologia*. Natal, v. 9, n. 1., jan./abr. 2004. p. 163.

³⁴ *Idem*.

³⁵ ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T.; LIMA, Renato S. *O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana*. São Paulo Perspec [online]. 1999, v. 13, n. 4, p. 62-74.

adolescentes, registrando-se uma redução no número de infrações contra o patrimônio e, em contrapartida, um acentuado aumento do envolvimento dos adolescentes com as drogas. Neste período, os homicídios representaram 1,3% de todas as infrações³⁶.

Destacam ainda ADORNO, BORDINI e LIMA³⁷ que, ao mesmo tempo em que se registra um aumento no número de infrações cometidas por jovens, verifica-se uma acentuação na vitimização destes, sendo relatado, no período de 1980 a 1988, um aumento de 79,5% na taxa de homicídios entre jovens de 10 a 14 anos e, para os jovens de 15 a 19 anos, um aumento de 45,3%.

Destes estudos, portanto, importantes conclusões podem ser tiradas. Em primeiro lugar, a situação de vulnerabilidade dos jovens infratores cumprindo medidas socioeducativas. Isto, entretanto, não significa que a delinquência juvenil seja exclusiva dos adolescentes de classe baixa. Ao contrário, conforme as conclusões do Segundo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente e de ADORNO, BORDINI e LIMA, é um problema recorrente tanto em países desenvolvidos como naqueles subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Assim, dos dados colhidos, pode-se concluir que, do mesmo modo que ocorre com os crimes cometidos por adultos, há uma cifra negra³⁸ também quando se trata de infrações cometidas por jovens. Conclui-se, deste modo, que os infratores pertencentes às classes média e alta possuem uma infraestrutura familiar que impede a sua internação.

Neste sentido, parecem claras as conclusões de Cléia Schiavo WEYRAUCH, que afirma que

³⁶ ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T.; LIMA, Renato S. *O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana*. São Paulo Perspec [online]. 1999, v. 13, n. 4, p. 68.

³⁷ *Ibid.*, p. 69.

³⁸ Cifra negra, nas palavras de CIRINO DOS SANTOS, pode ser conceituada como “a diferença entre aparência (conhecimento oficial) e a realidade (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou não investigados (por desinteresse da polícia, nos crimes sem vítima, ou por interesse da polícia, sobre pressão do poder econômico e político), além de limitações técnicas e materiais dos órgãos de controle social”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006. p. 13.

De modo geral, a crise que afeta o país por inteiro atinge com mais força a criança e o adolescente, pontas de uma desestruturação social múltipla que acaba por levá-los à rua, situação limítrofe com o crime. Nela, o "menor" é estigmatizado, caçado pelas autoridades e temido pela população, como se sua presença ali não constituísse um atestado eloquente da falência das políticas públicas do país³⁹.

Por fim, evidente que a veemência do apelo midiático é um problemático agravante da situação dos jovens e de construção da opinião pública. De acordo com Fernanda da Rosa CRISTINO⁴⁰, ao priorizar os casos de delinquência juvenil, sobretudo os mais graves homicídios praticados por jovens pertencentes às classes mais baixas (que, como vimos, representam um número irrisório das infrações cometidas), em detrimento dos casos de vitimização, sem revelar as questões sociais envolvidas, a violação de direitos dos adolescentes e o contexto em que a infração ocorre, a mídia contribui para a formação de uma visão negativa, pejorativa e preconceituosa sobre os jovens infratores, contribuindo para reações violentas que atentam contra sua integridade.

Também Alexandre Moraes da ROSA e Ana Christina Brito LOPES, denunciando a maniqueísta divisão entre bem e mal e a lógica inquisitiva de nossa sociedade, que busca a legitimação do sistema repressivo neoliberal através do castigo exemplar de seus excluídos, afirmam:

a mídia possui um papel destacado no fomento do discurso da "Lei e Ordem". Isto porque o "clima de insegurança" passado pela imprensa, no tocante à violência criminal, de certa forma garante a manutenção do "ideal dominante".

(...)

Os substratos de sentido (poder) maquiados sob diversas formas (reportagens, tele-jornais, programas, músicas, filmes, decisões judiciais, argumentos retóricos, etc.) são repetidos pela "cultura de massa" e pelo senso comum teórico sem maiores pudores, sonhando-se as diferenças. Nega-se a singularidade e a exclusão social que campeia os próprios

³⁹ WEYRAUCH, Cléia Schiavo. Notas para o estudo da inserção democrática da criança e do adolescente no mercado de trabalho. In: BRITO, Leila Maria Torraca de (coord.). *Jovens em conflito com a lei: a contribuição da universidade ao sistema socioeducativo*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 76.

⁴⁰ CRISTINO, Fernanda da Rosa. Considerações sobre o direito penal juvenil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 57, set. 2008.

excluídos que se sentem menos excluídos ao verem reproduzidos na TV o seu modo de vida⁴¹.

Assim, compreende-se o porquê da atual banalidade com que se aceita a situação do “menor” na rua apontada por Cléia Schiavo WEYRAUCH: “ao ‘menor inimigo’, a bala, a prisão, e não a lei, a escola, a brincadeira, a família e os direitos sociais”⁴².

Percebe-se, assim, ao fim, a vitimização já sofrida por estes jovens que adentram o mundo infracional e, principalmente, dos que são submetidos às medidas socioeducativas, sendo necessária, portanto, maior preocupação quanto a este instituto jurídico.

Deste modo, tendo sido analisada a evolução histórica da delinquência juvenil e a o reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos, será analisado no capítulo seguinte de que modo este processo histórico se verificou no campo criminal, quando da prática de fatos típicos por crianças e adolescentes.

⁴¹ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 31-33.

⁴² WEYRAUCH, Cléia Schiavo. Notas para o estudo da inserção democrática da criança e do adolescente no mercado de trabalho. In: BRITO, Leila Maria Torraca de (coord.). *Jovens em conflito com a lei: a contribuição da universidade ao sistema socioeducativo*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 76.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO JURÍDICO DOS FATOS TÍPICOS PRATICADOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

A partir do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos nas últimas décadas, com o gradual avanço, tanto nacional quanto internacionalmente⁴³, no sentido de proteger seus interesses, ante à peculiar condição de desenvolvimento em que se encontram, necessário verificar a evolução da tratativa jurídica a eles conferida quando praticados fatos típicos.

Para tanto, pode-se efetuar uma divisão histórica em três etapas: 1) o direito penal do menor ou etapa penal indiferenciada; 2) a doutrina da situação irregular ou etapa tutelar; e 3) a doutrina da proteção integral ou etapa garantista⁴⁴.

Importante ressaltar que tal divisão histórica não é percebida apenas no Brasil, mas em geral em todo o mundo ocidental. Emílio GARCÍA MÉNDEZ⁴⁵, nesse sentido, aponta que a primeira etapa, do direito penal do menor ou indiferenciada, advém já da tradição do direito romano, existindo em todos os códigos penais de caráter retribucionista do século XIX. A segunda etapa, por sua vez, teria surgido nos Estados Unidos no final do século XIX, estendendo-se rapidamente para todos os países da Europa Ocidental. Assim, já em 1905 a Inglaterra havia criado tanto uma legislação quanto uma administração especializada na questão dos menores, tendência que seguiram praticamente todos os países europeus até 1920. Por fim, com a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, de 1989, surgiria a terceira etapa, da

⁴³ A nível internacional, encontram-se diversos documentos consolidando o reconhecimento dos direitos de crianças e adolescentes nas últimas décadas, tais quais as Regras de Beijing de 1985, que estabelecem as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores; a Convenção Internacional da Nações Unidas sobre os direitos da criança e do adolescente de 1989; as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD de 1990; as Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade de 1990; a Resolução do Conselho da Europa sobre Delinquência juvenil e transformação social de 1978; e a Recomendação nº R (87) 20 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre as reações sociais frente à delinquência juvenil.

⁴⁴ CRISTINO, Fernanda da Rosa. Considerações sobre o direito penal juvenil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5133>. Acesso em 20/03/2015.

⁴⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emílio. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia?

proteção integral, adotado por praticamente todo o mundo ocidental atualmente.

3.1. O DIREITO PENAL DO MENOR – ETAPA PENAL INDIFERENCIADA

A etapa penal indiferenciada, de acordo com Sérgio Salomão SHECAIRA,

"caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando penas atenuadas e misturando nos cárceres adultos e menores na mais absoluta promiscuidade"⁴⁶.

Assim, no Brasil, pode-se dizer, a etapa indiferenciada durou durante toda a monarquia até o início do período republicano⁴⁷. No período monárquico, todo o regime jurídico brasileiro se fundava na legislação portuguesa, sendo que, em matéria penal, existiram o Livro V das Ordenações Afonsinas, promulgado em 1446, e o Livro V das Ordenações Manuelinas, publicado 21 (vinte e um) anos mais tarde, durando até 1603. Estes, entretanto, além de não estabelecer qualquer disposição a respeito das práticas criminais de crianças e adolescentes, não fixando qualquer distinção para a aplicação de penas de acordo com a idade do autor do delito, tiveram pequena relevância em território brasileiro, sendo as Ordenações Filipinas as mais importantes e de maior aplicação na Monarquia brasileira⁴⁸.

De acordo com as previsões das Ordenações Filipinas, a responsabilidade penal iniciava-se aos sete anos, sendo tal idade estabelecida como o fim da infância e, sem qualquer período de transição, o início da idade adulta.

⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e do Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

⁴⁷ DALCIN, Wagner. *Direito Penal Juvenil: a prescrição dos atos infracionais*. 2007. Monografia – Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Porto Alegre, 2007. p. 12.

⁴⁸ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 15.

Embora a maioridade civil em referida legislação se iniciasse aos vinte e cinco anos, assim dispunha o Título CXXXV de seu Livro V:

Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte anos cometer qualquer delito, dar-lhe-á a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco anos passasse. E se for de idade de dezessete anos até vinte, ficará ao arbítrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E neste caso olhará o julgador o modo com que o delito foi cometido e as circunstâncias dele, e a pessoa do menor, e se achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece pena total, dar-lhe-á, posto que seja de morte natural. E parecendo-lhe que não a merece, poder-lhe-á diminuir, segundo qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delito foi cometido. E quando o delinquente for menor de dezessete anos cumpridos, posto que o delito mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará ao arbítrio do julgador dar-lhe outra menor pena.

Percebe-se, portanto, que embora civilmente incapazes, àqueles que possuísem entre vinte e um e vinte e cinco anos conferia-se responsabilidade penal plena. Entre os dezessete e os vinte e um anos, por sua vez, caberia ao julgador, analisando as circunstâncias do caso e o sujeito infrator, aplicar pena total ou diminuí-la. Para os menores de dezessete anos, por fim, vedava-se a pena capital, podendo, entretanto, ser aplicada qualquer das outras penas previstas, a critério do juiz.

Em 1830, seis anos após a promulgação da Constituição Imperial, advém o Código Penal do Império, fixando o início da responsabilidade penal aos quatorze anos, sendo que, na faixa de sete a quatorze, estabelecia-se uma imputabilidade relativa, baseada no discernimento, conforme art. 13 daquele Código:

"Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos".

Prevía-se, portanto, que para aqueles que, entre sete e quatorze anos, cometessem crimes, seria analisado seu discernimento, podendo ser recolhidos às casas de correção até que completassem dezessete anos.

Caso, entretanto, fosse o réu menor de dezessete anos e maior de quatorze, poderia o juiz aplicar-lhe as penas de cumplicidade, que, de acordo com as disposições do Código, eram as mesmas daquelas previstas para a tentativa. Ou seja, seria possível atenuar significativamente a pena imposta. Nesse sentido os art. 18, § 10, e 35 do Código Criminal de 1830:

"Art. 18. São circunstancias attenuantes dos crimes:

(...)

Quando o réo fôr menor de dezasete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da cumplicidade.

Art. 35. A cumplicidade será punida com as penas da tentativa; e a cumplicidade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente".

Entretanto, no que pese os claros avanços verificados com a promulgação do Código de 1830, SHECAIRA assim assevera:

Embora o Código Criminal de 1830 tenha atravessado fronteiras, servindo de inspiração para o Código Espanhol de 1848, além de diversos outros latino-americanos, o governo brasileiro não o implementou a contento. Já se desrespeitava o direito dos adolescentes infratores, por não se cumprir o que o próprio Código Criminal previa, que era o recolhimento dos menores às casas de correção, porquanto não foram construídas. Com isso, os menores, na falta da instituição de recolhimento prevista em lei, eram lançados na mesma prisão que os adultos, em deplorável promiscuidade⁴⁹.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, por seguinte, publicado em 1890, um ano após a Proclamação da República, manteve o início da responsabilização penal aos quatorze anos. Entretanto, a idade mínima para a existência de responsabilidade penal mudou dos sete para os nove anos, conforme se percebe do art. 27, §1º, do referido Código: "Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 annos completos".

⁴⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e do Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 29-30.

Nota-se, também, do 2º do mesmo art., que aqueles que cometessem delitos entre os nove e o quatorze anos, sem discernimento, eram igualmente inimputáveis.

"Art. 27: Não são criminosos:

(...)

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento"

Por sua vez, os que cometessem crimes nesta faixa etária com discernimento, deveriam ser recolhidos a estabelecimento disciplinar industrial pelo período que parecesse adequado ao juiz, desde que não se estendesse até idade posterior aos dezessete anos:

Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinaes industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

Aqui, são necessárias duas considerações.

Em primeiro lugar, é interesse se observar a presença de um sistema de franjas nos Códigos Penais desta etapa, ou seja, um sistema de escalonamento, no qual estabelecem-se diferentes consequências jurídicas para o cometimento de atos ilícitos em diferentes etapas da vida. Trata-se de um sistema muito interesse e que ainda segue sendo utilizado em países do *common law*. Afinal, conforme afirma Paulo César BUSATO:

a adoção do critério puramente biológico com bilateralidade de presunção absoluta é uma fórmula muito ruim. Presumir de modo absoluto que uma pessoa com 17 anos de idade tem uma compreensão genérica a respeito do ilícito que obedece o padrão de outra de 12 anos e é exatamente o contrário da compreensão de um terceiro de 18 anos é, no mínimo, uma má solução.

De *lege ferenda*, a melhor opção é claramente a adoção de um sistema de franjas, no qual haja uma presunção absoluta de inimputabilidade para as crianças, menores de 12 anos – estabelecendo aqui um paralelo com a Lei 8.069/90 –, e a presunção absoluta de imputabilidade a partir dos 18 anos, remanescendo o período entre 12 e 18 anos sob o reconhecimento de uma imputabilidade relativa, a qual deva

ser demonstrada em prova pericial, com critérios psicológicos, a cargo da acusação, caso a caso⁵⁰.

Por outro lado, por óbvio que as consequências penais não poderiam ser as mesmas previstas nas ordenações ou nos Códigos Penais de 1830 e 1890, tais quais as penas perpétuas, de trabalho forçado ou de morte, visto que evidentemente inconstitucionais. Entretanto, o sistema é, sim, inteligente, sendo interessante seu estudo.

Em segundo lugar, verifica-se que aparece constantemente a questão do discernimento para aplicação de penas àqueles praticantes de delitos que estivessem em determinadas faixas etárias. Observa-se, em verdade, a existência de duas etapas de responsabilização de menores de idade: uma etapa de plena inimputabilidade, a infância, e outra de imputabilidade condicionada, fundada no discernimento.

Isso é claramente relacionado à ideia clássica de livre arbítrio, presente no princípio de culpabilidade ao longo do século XIX e início do século XX, no auge no Iluminismo.

Afinal, de acordo com Wagner DALCIN⁵¹, este período funda-se na Escola Clássica do Direito Penal, que buscou uma reforma de leis e penas a fim de estabelecer tratamento igualitário entre todos, impedindo o comportamento arbitrário das classes dominantes e protegendo o cidadão de toda intervenção estatal não prevista em lei. Neste contexto, portanto, o crime era visto como um rompimento da harmonia social, sendo a pena a justa retribuição imposta pela sociedade.

Paulo César BUSATO identifica neste período a forte influência da filosofia cristã, defendendo que

A capacidade de imputação significava então que uma ação pertenceria ao autor que livremente optou por ela, e nisso consistiria a base moral de reprovação do comportamento. O fundamento filosófico era evidentemente relacionado com a ideia de que Deus, criando o homem como sua imagem e

⁵⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 561.

⁵¹ DALCIN, Wagner. *Direito Penal Juvenil: a prescrição dos atos infracionais*. 2007. Monografia – Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Porto Alegre, 2007, p. 10.

semelhança, dotando-o de livre arbítrio, permitia-lhe a opção por escolher entre o bem e o mal⁵².

Nota-se, assim, na importância dada ao discernimento – em clara relação com o livre arbítrio e com a divisão entre bem e mal –, a concepção retributiva da pena neste período, tendo como fundamento a culpabilidade como juízo de reprovação – culpabilidade esta entendida como a capacidade de conhecer o injusto, a antijuridicidade da conduta e a capacidade de adequar a própria conduta a este conhecimento.

Neste sentido, César Roberto BITENCOURT assim expõe:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e injusto⁵³.

Entretanto, a definição da culpabilidade com base no livre arbítrio claramente é insustentável, tendo em vista a impossibilidade lógica de sua demonstração. Afinal, seria necessário, para a configuração da culpabilidade do infrator, a demonstração da presença de uma vontade livre e consciente orientando a realização da conduta, ou seja, a autodeterminação do sujeito (a escolha pelo mal).

Assim, possível compreender as diversas críticas feitas por Karyna Batista SPOSATO⁵⁴ aos Código Penais desta etapa, apontando que o discernimento nunca teve uma definição válida e uniforme, aceita por toda a doutrina. Ao contrário, tendo distintos critérios, funcionava conforme a conveniência do Tribunal, sendo declarada sua existência quando a pena era entendida como útil e inexistência de discernimento quando se destacavam os efeitos prejudiciais da prisão e a inutilidade da pena.

⁵² BUSATO, Paulo César. *Fundamento do Direito penal brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Paulo César Busato, 2012. p. 262.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, volume 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74.

⁵⁴ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 61.

Também SHECHAIRA tece críticas a este instituto, afirmando que

O critério do discernimento sempre trouxe problemas para o aplicador da lei, já tendo sido chamado por Evaristo de Moraes de critério da adivinhação psicológica. Além disso, a verificação da aptidão é sempre subjetiva. A distinção do bem e do mal, o reconhecimento de possui o menor relativa lucidez para orientar segundo as alternativas do certo e errado, do lícito e ilícito, era tarefa das mais difíceis para o juiz, que quase invariavelmente acabava por decidir em favor do menor, proclamando-lhe a ausência de discernimento⁵⁵.

Além do mais, o mesmo autor identifica que, neste período, apogeu do Iluminismo, havia um forte embate entre clássicos e positivistas, colocando-se de um lado o livre arbítrio como fundamento do discernimento e, de outro, a concepção positivista que elencava a periculosidade como atributo do criminoso anormal⁵⁶.

Foi com base neste embate que, a partir do século XX, com a contestação do livre arbítrio pelos positivistas, decaiu a noção de discernimento para a aferição da culpabilidade, conforme se verá no ponto seguinte.

3.2. DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR – ETAPA PENAL TUTELAR

A superação da etapa indiferenciada se deu com a criação de jurisdições e legislações especializadas, iniciando-se, no Brasil, na década de 1920, com a Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, que, em seu art. 3º, autorizava o Governo a organizar o “serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente”⁵⁷.

João Batista Costa SARAIVA aponta que o marco inicial desta fase, identificado como precedente histórico na luta pelos direitos das crianças, foi o

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e do Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 32.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁷ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 22.

Caso Marie Anne, uma menina de nove anos que sofria severos maus-tratos pelos pais na cidade de Nova Iorque. Chegando o caso aos Tribunais em 1986, em razão da situação insuportável vivenciada pela criança, quem entrou em juízo para defendê-la foi a Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque, argumentando que, se fosse Marie Anne um cachorro ou outro animal sofrendo tamanhos maus-tratos, teria a Sociedade legitimidade para agir. Assim, "a criança que, no início do século XIX era tratada como 'coisa', passou a reclamar ao menos a condição de objeto da proteção do Estado"⁵⁸.

Assim, esta etapa, como aponta DALCIN⁵⁹, teve seu marco inicial com a criação do Tribunal de Menores do Estado de Illinois nos Estados Unidos da América, em 1899, iniciativa que se difundiu por toda a América Latina e Europa. Fundado no positivismo, o mote de tal movimento, também conhecido como Doutrina da Situação Irregular, é o saneamento social, tomando o jovem como mero objeto de estudo a fim de erradicar as causas da delinquência juvenil⁶⁰, mediante uma intensa aliança entre Justiça e Assistência.

Emílio GARCIA MENDEZ⁶¹ destaca que o surgimento da etapa tutelar teve como fundamento a profunda indignação moral com as precárias condições dos jovens infratores no cárcere, sobretudo no que se refere à promiscuidade do alojamento de adultos, crianças e adolescentes nas mesmas instalações prisionais.

SPOSATO⁶², por sua vez, aponta três fatores determinantes para o aparecimento de uma justiça especializada de menores. Em primeiro lugar, o surgimento de um conceito de delinquência juvenil intimamente relacionado às transformações econômicas e sociais da passagem do século XIX para o XX,

⁵⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33-34.

⁵⁹ DALCIN, Wagner. *Direito Penal Juvenil: a prescrição dos atos infracionais*. 2007. Monografia – Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Porto Alegre, 2007, p. 14.

⁶⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 65.

⁶¹ GARCIA MENDEZ, Emílio. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 9.

⁶² SPOSATO, Karyna Batista. *Op. cit.*, p. 64-65.

tendo como causa direta a desigual distribuição da riqueza resultante da industrialização. Em segundo lugar a perturbante presença de crianças nos cárceres, aliada ao surgimento da consciência da necessidade de proteger sua integridade física e moral. E, por fim, o surgimento de um direito tutelar de menores, decorrente da combinação do correccionalismo e da influência da Escola Positivista. Aponta que o correccionalismo refere-se à uma lógica de que ordem jurídica deve corrigir o delinquente mediante a limitação de sua liberdade, sendo a pena encarada como um bem, enquanto o positivismo leva a uma lógica de necessidade de prevenção frente à periculosidade social do sujeito. Desse modo, a função penal torna-se tutelar, um dever da sociedade e um direito do infrator, a fim de corrigir e modificar sua conduta débil. Portanto,

O juiz se converte assim em um autêntico médico penal que exerce a cura das almas, e para tanto não estará condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhar seu papel discricionário. A prevenção e o tratamento prevalecem, ao menos teoricamente sobre a retribuição e o castigo. É exatamente o que se realizou na justiça da infância e juventude por intermédio dos Códigos de Menores e seus juízes⁶³.

É por esta razão que a intervenção da jurisdição de menores não se limitava aos jovens que houvessem praticado um fato penalmente típico, mas também àqueles que apresentassem condutas irregulares, tais quais a vadiagem, libertinagem e mendicância, conforme verificaremos a seguir.

No Brasil, portanto, verifica-se o surgimento de tal movimento, após a edição da Lei nº 4.242 de 1921, com a criação do primeiro Juizado de Menores em 1923 e, em 1927, por meio do Decreto 17.943-A, do primeiro Código de Menores, conhecido como Código Mello Mattos⁶⁴.

Em primeiro lugar, verifica-se que a imputabilidade penal foi confirmada na idade de quatorze anos, abaixo da qual não poderia o infrator ser submetido a qualquer tipo de processo, nos termos do art. 68 do Código.

⁶³ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 66.

⁶⁴ O Código Mello Mattos foi idealizado pelo jurista e primeiro juiz de menores brasileiro, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, recebendo, assim, seu nome. Este magistrado laborou de forma incansável em romper a visão conservadora e autoritária acerca do exercício do poder familiar, propondo um poder-dever, com a possibilidade de intervenção do Estado na relação entre pai e filho. Tal trabalho lhe foi delegado pelo então Presidente da República Washington Luís.

O art. 1º, por sua vez, assim determinava:

Art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo.

Portanto, fixa o Código de 1927 a responsabilidade penal plena aos dezoito anos e cria duas categorias de menores: os abandonados e os delinquentes, incluídos nos primeiros os vadios, mendigos e libertinos, conforme os art. 28, 29 e 30 daquele diploma legal. Note-se, portanto, que se autorizavam medidas totalmente desmotivadas, fundadas na possibilidade de um delito futuro, caracterizando uma intervenção baseada na periculosidade.

Cria-se, assim, uma categoria jurídica específica: o menor. A periculosidade, reconhecida nas crianças e adolescentes pobres, tornava-os alvos da intervenção jurisdicional. Ou seja, o controle dos “menores” era exercido pelos Tribunais, ao passo que o controle do infante era exercido pela escola e pela família⁶⁵.

Nesse sentido, assim se manifesta Sérgio Salomão SHECAIRA:

Não havia distinção entre o menor abandonado e o delinquente, para a aplicação das medidas. É verdade que cabe ao Juiz de Menores fixar medidas mais graves ao delinquente do que ao carente, mas ambos estavam sujeitos, por exemplo, a ser internado em asilo ou orfanato. Muitas vezes, a pretexto de proteger o menor, o Juiz determinava sua institucionalização em hospitais, asilos, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, sem qualquer compromisso com a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento⁶⁶.

Percebe-se, assim, que apesar de pretender diferenciar a criança do adulto, o Código de Menores de 1927 procedeu a uma infeliz criminalização da pobreza, com direta intervenção estatal sobre as famílias mais necessitadas, desautorizando os pais em seu papel parental.

⁶⁵ SPOSATO, KarynaBatista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 25.

⁶⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 37.

Esta situação verifica-se, por exemplo, no disposto no inciso II do art. 34 do Código, que determinava a suspensão do pátrio poder dos pais quando o filho fosse encontrado em estado habitual de vadiagem, mendicância, libertinagem ou criminalidade.

Outro exemplo seria o art. 73 do mesmo diploma legal, que autorizava que, mesmo em caso de absolvição, fosse o jovem submetido a restrições:

Art. 73. Em caso de absolvição o juiz ou tribunal pode:

- a) entregar o menor aos paes ou tutor ou pessoa encarregada da sua guarda, sem condições;
- b) entregal-o sob condições, como a submissão ao patronato, a aprendizagem de um officio ou uma arte, a abstenção de bebidas alcoolicas, a frequencia de uma escola, a garantia de bom comportamento, sob pena de suspensão ou perda do patrio poder ou destituição da tutela;
- c) entregal-o a pessoa idonea ou instituto de educação;
- d) sujeital-o a liberdade vigiada.

O Código Penal de 1940 foi, portanto, o primeiro a estabelecer critério puramente biológico de responsabilidade de menores de idade, fixando a imputabilidade penal aos dezoito anos, conforme se verifica de seu art. 27, vigente até os dias atuais: "Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial".

Assim, excluiu o Código de 1940 qualquer necessidade de indagação psicológica, existindo uma pretensão absoluta de imputabilidade a partir dos dezoito anos e, ao mesmo tempo, impedindo que sejam aplicadas as mesmas penas e consequências do modelo de responsabilização dos adultos aos jovens, a partir do reconhecimento do princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

A fim de conciliar as disposições do Código de Menores de 1927 com a inimputabilidade dos menores de 18 anos estabelecida no Código Penal de 1940, editou-se em 1943 o Decreto-Lei nº 6.026, fixando duas modalidades de processos para infrações, conforme a faixa etária do infrator: até os quatorze anos, o procedimento deveria ser realizado diante de um juiz de menores, ao passo que, na faixa entre quatorze e dezoito anos, poderia ser iniciado perante a polícia com posterior intervenção jurisdicional.

Em seguida, com o Regime Militar no Brasil, a partir do golpe de 1964, criou-se, com a Lei nº 4.513 de 01 de dezembro de 1964, a Política do Bem-Estar do Menor, estabelecendo-se uma gestão centralizada e vertical, com padrões uniformes de atendimento. A FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor) passou, assim, a ser o órgão gestor de referida política, sendo as FEBEMs (Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor) as responsáveis a nível estadual. Tais iniciativas, embora devessem acolher e educar as crianças e adolescentes, raramente cumpriram seus objetivos, não sendo nem minimamente eficientes para combater o crescimento do número de crianças marginalizadas⁶⁷.

Neste sentido, aponta João Batista Costa SARAIVA que

Esta ordem legislativa (...) não se dirigia ao conjunto da população infanto-juvenil brasileira. Movida pela Doutrina da Situação Irregular, tinha por destinatários apenas as crianças e os jovens considerados em situação irregular, onde se incluíam aqueles menores em estado de necessidade em razão da manifesta incapacidade dos pais para mantê-los, colocando-os na condição de objeto potencial de intervenção do sistema de Justiça, os Juizados de Menores⁶⁸.

Consagrando a teoria menorista e a doutrina da situação irregular, surge em 1979 o Segundo Código de Menores, fortemente inspirado pelo regime totalitário e militarista do país. Assim, firmou-se o "menor" como objeto de tutela do Estado, legitimando a intervenção sobre jovens em situação irregular, conforme se estabelecia logo em seu art. 1º:

Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular; II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei. Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

⁶⁷ QUEIROZ, Bruno Caldeira Marinho de. *Evolução Histórico-normativa da Proteção e Responsabilização Penal Juvenil no Brasil*. 2008. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/evolucao-historico-normativa-da-protecao-e-responsabilizacao-penal-juvenil-no-brasil/8610/>>. Acesso em março de 2015.

⁶⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 47.

Ademais, percebe-se claramente que a intervenção é voltada aos jovens pobres, numa clara incriminação da miséria:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

Assim explica João Batista Costa SARAIVA:

A declaração de situação irregular tanto pode derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de "desvio de conduta"), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma "moléstia social", sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam⁶⁹.

Negavam-se, assim, aos jovens tidos como pervertidos, perigosos e infratores, todas as garantias, concretizando a judicialização da questão social. O Juiz de Menores tornou-se um "pai de família" com ampla discricionariedade⁷⁰, podendo, nas palavras da Lei,

além das medidas especiais previstas (...) poderá, através de portaria ou provimento, determinando outras de ordem geral, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância do menor, respondendo por abuso ou desvio de poder⁷¹.

⁶⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei*: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado Ed., 2005. P. 48.

⁷⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 32.

⁷¹ Determinação prevista no art. 8º do Código de Menores de 1979.

Assim, afirma SHECAIRA que

todas as situações descritas como irregulares derivavam, conforme o caso, de irregularidades existentes na própria família, e a letra da lei não estabelecia qualquer diferença entre a vítima de um abandono familiar e o autor de ato ilícito. Estando em situação irregular, estaria a criança ou adolescente sujeito à jurisdição do Juiz de Menores, podendo, dependendo dos instrumentos existentes à disposição do magistrado, ser submetido a estabelecimentos inadequados ou mesmo à institucionalização. Não era raro o menor abandonado ser colocado no mesmo estabelecimento que agentes infratores, já que ambas as categorias derivavam da condição de "situação irregular"⁷².

Saraiva bem aponta as consequências da legislação menorista desta época: "a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida no sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por 'menores', que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira"⁷³.

Pode-se dizer, assim, que com a ascensão da Etapa Tutelar e da Doutrina da Situação Irregular, resolveu-se o problema anterior da indiferenciação entre crianças e adultos, mas criou-se um outro mal tão ou mais preocupante, que perdura até os dias atuais: a incriminação da pobreza.

3.3. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL – ETAPA PENAL GARANTISTA

A Doutrina da Proteção Integral, verificada na Etapa Penal Garantista, surge com a redemocratização do Brasil a partir da década de 1980 e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Guarda, ainda, profunda relação com um cenário internacional extremamente preocupado com a

⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P.42.

⁷³ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39.

questão da criança e do adolescente, marcada, principalmente, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959⁷⁴.

A principal marca desta etapa é o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoa, ou seja, sujeito de direitos e titular de uma capacidade progressiva para exercê-los. Cria-se, assim, conforme defende SPOSATO⁷⁵, um modelo de responsabilidade caracterizado pela combinação entre o educativo e o judicial. O aspecto educativo verifica-se no conteúdo das medidas, que devem ter como principal objetivo a educação; o aspecto judicial, por outro lado, encontra-se na semelhança com a justiça penal dos adultos, sendo exigido um processo em contraditório e conferidas as mesmas garantias penais e processuais aos jovens.

O objetivo principal aqui, portanto, é a exclusão da responsabilidade criminal do menor de dezoito anos, sendo a ele conferida uma responsabilização especial a partir da legislação específica. Nesse sentido colocam-se os art. 227 e 228 da Constituição Federal. O art. 227 estabelece a absoluta prioridade das crianças e adolescentes, obrigando Estado, família e sociedade à sua proteção e promoção. Em seu art. 3º define o direito à proteção especial:

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

⁷⁴ QUEIROZ, Bruno Caldeira Marinho de. *Evolução Histórico-normativa da Proteção e Responsabilização Penal Juvenil no Brasil*. 2008. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/evolucao-historico-normativa-da-protecao-e-responsabilizacao-penal-juvenil-no-brasil/8610/>>. Acesso em 20/03/2015.

⁷⁵ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 71-72.

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

Portanto, reconhece o constituinte a infância e a adolescência como uma fase específica e especial da vida humana, própria de seres em desenvolvimento, dignos de especial proteção, repudiando-se as legislações menoristas.

Mais que isso, ao contrário dos Códigos de Menores, a Doutrina da Proteção Integral trata de um direito de todas as crianças e adolescentes, reconhecendo a igualdade jurídica entre todos aqueles com menos de dezoito anos, possuidores do mesmo status jurídico e dos mesmos direitos fundamentais.

A Doutrina da Proteção Integral, portanto, trata de uma constitucionalização dos direitos das crianças e adolescentes, expondo a necessidade de reforma da legislação especial infraconstitucional⁷⁶.

Como consequência, dois anos após a Constituição, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), instrumentalizando os mandamentos constitucionais por meio da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, ponto que será analisado especificamente no próximo capítulo, em razão de sua imensa relevância.

⁷⁶ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 43.

4. A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INGERAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em meio a um processo mundial de consolidação e valorização dos direitos das crianças e adolescentes, sobretudo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, retificada em nosso país pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, e, em especial no Brasil, com a adoção da doutrina da proteção integral pela Constituição Federal de 1988, instituiu-se, através da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em nosso país.

Nesse sentido, Andréa Rodrigues AMIN aponta que o ECA foi resultado da articulação do movimento social, dos agentes do campo jurídico e das políticas públicas. Em suas palavras, no período pós-constituição de 1988,

Do ponto de vista político, houve uma necessidade de reafirmar valores caros que nos foram ceifados durante o regime militar. No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal. Movimentos europeus pós-guerra influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito funcional, pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo passamos para um novo modelo que prima pelo resguardo da dignidade da pessoa humana. O binômio individual-patrimonial é substituído pelo coletivo-social⁷⁷.

Identifica ainda AMIN⁷⁸, neste período, em âmbito nacional, dois fatores que tiveram imenso relevo para a edição do Estatuto. Em primeiro lugar, a atuação do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMRR), uma mobilização nacional, com participação de diversos setores da sociedade envolvidos na questão das crianças e adolescentes rotulados como "menores abandonados". Em segundo, o *lobby* realizado pela Comissão Nacional Criança e Constituição entre os parlamentares, pela inclusão de direitos às

⁷⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

⁷⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. *Ibid.*, p. 49-50.

crianças e adolescentes na Constituição, conseguindo reunir 1.200.000 assinaturas em apoio à inclusão de direitos infantojuvenis na nova Carta.

Nesse sentido, Emílio GARCÍA MÉNDEZ⁷⁹ afirma que aprovação do ECA pelo Congresso Nacional em 1990 representou uma ruptura com a tradição anterior, tanto em sua forma de produção quanto em seu conteúdo. Isso porque, pela primeira vez na história, traduziram-se em normas as melhores experiências governamentais e não governamentais do período anterior, influenciando a política de crianças e adolescentes de outros países latino americanos.

Ainda, de acordo com Pedro DEMO⁸⁰, o Estatuto representa, em diversos sentidos, um avanço extraordinário sobre o antigo Código de Menores, sobretudo superando a visão penal em favor da visão social, fixando o entendimento de que crianças e adolescentes são portadores inalienáveis e incondicionais de direitos. Ademais, para o autor, estabeleceu-se que o ECA deve ser instrumento específico de prevenção e ressocialização, não de punição e cerceamento. Ainda, marcou-se o compromisso de todos (sociedade, família, órgãos públicos, etc.) em prevenir e obviar a questão social do infante e do adolescente e, para além disso, fundou-se uma Justiça especializada na infância e na juventude, mais voltada ao social do que à postura penal.

Ademais, Mário Luiz RAMIDOFF⁸¹ afirma que o Estatuto, instituidor deste subsistema jurídico-legal especialmente destinado ao tratamento dos

⁷⁹ GARCÍA MÉNDEZ, Emílio. *Infância. De los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2 ed., 2004. p. 15. De acordo com o autor, "la difusión del Estatuto de Brasil ejerció una influencia todavía no suficientemente analizada sobre otros países latino americanos. De este modo y con una buena dosis de participación popular, Ecuador aprobó un nuevo Código de Menores el 16 de julio de 1992 persistiendo en el uso del término menor). Esta ley constituye, sin dudas, un enorme paso positivo en la lucha por los derechos de la infancia en nuestra región. A fines de 1992 otros dos países aprobaron nuevas leyes para la infancia. El 18 de diciembre de 1992 el legislativo boliviano aprobó la ley 1.403, que dispone la creación de un Código del Menor. Esta ley, que significa sin duda un enorme avance -considérese que Bolivia representaba el país legislativamente más atrasado de la región, careciendo incluso de jueces de menores- posee serias deficiencias en materia de técnica jurídica, que podrían inviabilizar su propia aplicación si no fuere oportunamente resueltas. En proceso similar, aun que desgraciadamente con el vicio original de ser aprobada por decreto del ejecutivo, Perú promulgó a fines de 1992 un nuevo Código del Niño y del Adolescente. Esta ley, a pesar de su carácter intrínsecamente positivo, presenta también serias deficiencias de técnica jurídica".

⁸⁰ DEMO, Pedro. Estatuto da Criança e do Adolescente: tentativa de análise introdutória crítica. In: *Justiça & História*, vol. 6, n. 11, 2006. p. 18.

⁸¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da Criança e do Adolescente: teoria jurídica da proteção integral*. Curitiba: Vicentina, 2008, p. 238.

interesses, direito e garantias de crianças e adolescentes, constitui um novo código deontológico protetivo, e não uma mera burocratização jurídica específica. E explica:

Código, porque consolida normativamente as estratégias e o instrumental operacional mínimo à implementação dos direitos e garantias fundamentais pertinentes a esta nova totalidade subjetiva, então, constituída por crianças e adolescentes. Deontológico, precisamente, porque estabelece o regulamento indispensável e necessário para a constituição das diversas formas de relação em que possam se encontrar estas novas subjetividades, isto é, busca transformar culturalmente tanto a opinião pública, quanto o senso comum jurídico, através de novos valores assumidos e convencionados, agora, em fórmulas de tratativas e inéditas pautas até então apenas presentes nos compromissos pactuados internacionalmente. E, protetivo, haja vista que se orientam todas estas proposições legislativas através do nóvel primado constitucional estabelecido pela Doutrina da Proteção Integral, enquanto vertente da diretriz internacional dos Direitos Humanos, especificamente, voltados para a criança e o adolescente⁸².

E o autor vai além, afirmando que não basta o caráter deontológico do Estatuto, ou seja, o "dever ser". Ao contrário, este código protetivo necessita "ser", no sentido de que é necessário o respeito não apenas às disposições relativas às crianças e adolescente, mas sim o respeito às próprias crianças e adolescentes. Seria necessária, portanto, uma mutação cultural que preenchesse o conteúdo normativo para que se alcance uma transformação efetiva na situação do jovem em nossa sociedade⁸³.

Portanto, percebe-se que a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, fundada no princípio da proteção integral, propôs profundas alterações nas relações de responsabilidade entre crianças e adolescentes, Estado e sociedade, impondo um sistema de garantias que, de acordo com João Batista Costa SARAIVA⁸⁴, pode ser didaticamente dividido em três segmentos, três

⁸² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato Infracional e Medidas Sócioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 29.

⁸³ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente - CEDEDICA, 2002. p. 26.

níveis, de políticas públicas preventivas voltadas aos menores de dezoito anos: as políticas básicas, de proteção especial e socioeducativas.

O primeiro nível, referente à políticas básicas, é onde situam-se as políticas públicas gerais relativas à infância e à juventude. Este sistema primário, disposto, sobretudo, nos art. 4º⁸⁵, 86⁸⁶ e 87⁸⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente, pretende abranger todos os jovens brasileiros, propiciando que alcancem, indistintamente, as condições de saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura necessários ao seu desenvolvimento.

O segundo nível, de proteção especial, visa atender as situações de jovens em situação de risco pessoal ou social, ou seja, que estejam sofrendo violações diretas ou indiretas aos seus direitos. Nesses casos, define o Estatuto a aplicação de medidas como orientação, apoio, acompanhamento temporário, estímulo ao retorno do ambiente escolar, apoio sociofamiliar, entre outras, expressas em seus art. 34⁸⁸, 98⁸⁹ e 101⁹⁰.

⁸⁵ “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

⁸⁶ “Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.”

⁸⁷ “Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: I - políticas sociais básicas; II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem; III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.”

⁸⁸ “Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar”.

⁸⁹ “Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da

O terceiro nível, por sua vez, tem previsão a partir do art. 103⁹¹ do Estatuto e é composto pelas medidas socioeducativas, presentes em seu art. 112⁹², aplicáveis em casos de adolescentes autores de atos infracionais. É neste nível, portanto, que se encontra a discussão acerca da existência ou não de um Direito Penal Juvenil, questão que será analisada adiante.

4.1. OS PRINCÍPIOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente, marco normativo da Doutrina da Proteção Integral no Brasil, possui diversos princípios norteadores, sendo muitos deles constitucionais, como o da dignidade humana. Entretanto, existem princípios característicos do Direito da Infância e da Juventude que merecem especial destaque.

sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”.

⁹⁰ “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta. (...)”.

⁹¹ “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

⁹² “Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”.

4.1.1. Princípio da Prioridade Absoluta

O Princípio da Prioridade Absoluta tem natureza constitucional, estando assentado no art. 227 da Constituição Federal e assegurando à crianças e adolescentes um rol de direitos com absoluta prioridade, além de instituir um conjunto de deveres à família, sociedade e Estado a serem realizados de forma prioritária. No Estatuto da Criança e do Adolescente, tal princípio está estampado nos art. 4º⁹³ e 100, parágrafo único, II⁹⁴.

Inclusive, de acordo com Antonio Cezar Lima da FONSECA, este princípio é o “norte para a realização dos demais direitos e garantias fundamentais, retratando um ‘priorizar’ à infância e juventude, desde o recém-nascido ao adolescente”⁹⁵, destacando que, ao se falar em priorizar o recém-nascido, em primeiro lugar, trata-se de oferecer assistência pré-natal, saneamento básico, saúde, alimentação e vacinação em massa; ao se falar em priorizar a criança, ou seja, o ser humano até 12 anos de idade, fala-se em dar ensino primário, cultura, lazer, esporte, assistência médica, entre outros; e, por fim, ao se falar em priorizar o adolescente, além de todo o anterior, há que se fornecer ensino profissionalizante, proteção ao trabalho, assistência familiar e atendimento ao jovem em situação de risco.

Portanto, o interesse da criança e do adolescente deve preponderar em qualquer campo, seja judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar. Afinal, os direitos outorgados aos jovens são os únicos direito constitucionais determinados como de prioridade absoluta, vinculando

⁹³ "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude".

⁹⁴ "Art. 100. (...) Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (...) II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (...)".

⁹⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

a família, os administradores, os governantes em geral, os legisladores em suas esferas de competência, os magistrados da Infância e da Juventude, os membros do Ministério Público, os Conselhos Tutelares, bem como as demais autoridades e organizações, em virtude dos riscos a que constantemente estão submetidas crianças e adolescentes⁹⁶.

Há que se destacar, ainda, conforme afirma Dalmo de Abreu DALLARI⁹⁷, que o rol de obrigações enumeradas no art. 4º do Estatuto não é exaustivo, mas meramente exemplificativo, uma vez que não estão aí exemplificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e à juventude e nem todas as formas de assegurá-la. Em verdade, trata-se de um conjunto mínimo de preceitos a serem seguidos a fim de tornar real o texto constitucional.

Portanto, pode-se afirmar que, com a prioridade absoluta, em uma situação em que haja a possibilidade de atender um adulto ou uma criança ou adolescente, na mesma situação de emergência, há que se resgatar primeiro estes últimos. Ou, numa fila para transplante de órgãos, havendo um adulto e uma criança com idêntico risco de morte, terá direito a receber o transplante, primeiramente, a criança⁹⁸.

Conforme afirma LIBERATI,

na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deverão asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder do governante⁹⁹.

⁹⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 19.

⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu e outros. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26.

⁹⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

⁹⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 18.

Assim, pode-se concluir que o Princípio da Prioridade Absoluta tem por objetivo, claramente, assegurar a proteção integral da criança e do adolescente, buscando sempre a concretização de seus direitos fundamentais¹⁰⁰.

4.1.2. Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu art. 6º, que deverá ser levada em consideração na interpretação da Lei, entre outras coisas, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Além disso, este princípio tem previsão constitucional no art. 227, §3º, V, da Constituição Federal, impondo sua observância na aplicação das medidas socioeducativas, aparecendo ainda no art. 121 do Estatuto, ao tratar da internação.

Assim, além de crianças e adolescentes serem titulares dos mesmos direitos que gozam todas as pessoas, terão direitos específicos decorrentes da sua condição de pessoa que está em crescimento, se desenvolvendo¹⁰¹.

Há que se perceber que a característica pessoal da criança e do adolescente, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento,

não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de uma responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. cada etapa é, à sua maneira, um período de

¹⁰⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61.

¹⁰¹ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011, p. 13.

plenitude, que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado¹⁰².

Pode-se dizer, portanto, que tal princípio, ao conferir ao jovem um tratamento em consonância com sua especial condição de pessoa em desenvolvimento, implica em uma percepção diferenciada de sua responsabilidade. Isso, de acordo com Karyna Batista SPOSATO¹⁰³, não significa que não haverá uma responsabilização, mas apenas que ela será medida de acordo com o nível de desenvolvimento apresentado pela criança ou adolescente.

Assim, uma criança¹⁰⁴ que pratique um ato infracional não será responsabilizada, estando sujeita apenas à aplicação de medida protetiva, conforme disposição do art. 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “ao ato infracional praticado por criança, corresponderão as medidas previstas no art. 101”.

Deste modo, o legislador situa o ato infracional praticado por criança, ou seja, pelo sujeito com idade inferior à doze anos, exclusivamente na esfera do assistencialismo, sendo as medidas cabíveis as de encaminhamento aos pais ou responsáveis; orientação; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família; tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento à alcoólatra e toxicômanos; abrigo em entidade (como medida provisória e excepcional, nos termos do parágrafo único do art. 101); ou colocação em família substituta.

O adolescente (entre os doze e os dezoito anos) autor de mesmo ato, por sua vez, poderá ser sujeito tanto à medidas protetivas quando socioeducativas.

¹⁰² COSTA, Antonio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; GARCÍA MENDEZ, Emílio (coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentário jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 39.

¹⁰³ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

¹⁰⁴ Importante esclarecer que, de acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança todo aquele até doze anos de idade incompletos e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade.

4.1.3. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

De acordo com Tânia da Silva PEREIRA¹⁰⁵, a origem histórica do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente encontra-se no direito comum, no instituto do *parens patriae*, que era utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger quem não podia fazê-lo por conta própria, ou seja, os incapazes. Em primeiro momento, estariam aí incluídos tanto crianças quanto loucos e débeis, sendo que, a partir do século XVIII, este instituto foi cindido entre proteção infantil e proteção do insano, tendo em 1836 tornado-se efetivo o princípio do melhor interesse da criança no sistema jurídico inglês.

Tendo sua importância reconhecida, o *bestinterest* foi adotado pela maioria dos Estados a partir do século XX, marcadamente com a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959¹⁰⁶. É exatamente por este motivo que mesmo o Código de Menores, embora adotasse a doutrina da situação irregular, já trazia em seu art. 5º¹⁰⁷ referido princípio. Entretanto, obviamente que, devido aos diferentes períodos históricos, existiam diferenças na aplicação do princípio do melhor interesse da criança: enquanto que no Código de Menores sua aplicação limitava-se ao adolescente em situação irregular, agora, com a adoção da doutrina da proteção integral, ela se estende a todos os jovens.¹⁰⁸

¹⁰⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. *II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 1999, Belo Horizonte. Anais... IBDFAM:OAB-MG: Del Rey, 2000, p. 217.

¹⁰⁶ A Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, fixa, como seu segundo princípio, o seguinte: "A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança." (tradução nossa).

¹⁰⁷ "Art. 5º Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado".

¹⁰⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

Assim explica Andréa Rodrigues AMIN:

na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens.

(...)

Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais ao maior grau possível¹⁰⁹.

Analisando tal princípio pormenorizadamente, especificamente no âmbito de aplicação das medidas socioeducativas, verifica-se que sua imposição deve, sempre, trazer o mínimo de restrição aos direitos e à liberdade dos adolescente, em prol de seu melhor interesse.

Nesse sentido:

Diante do exposto, vê-se que o princípio do melhor interesse do adolescente se revele mais densamente no *locus* da imposição da medida sócio-educativa, no qual o juiz deve cautelosamente restringir a liberdade e os direitos, além de impedir que a finalidade daquela se converse em atemorização e excessos refutáveis para lograr um resultado que poderia ser obtido de outra maneira. Do contrário, a medida será prejudicial à ressocialização do infrator, ante o desprendimento do cunho também pedagógico que preconiza o Estatuto, inserindo-o novamente inapto ao meio social¹¹⁰.

Assim, pode-se afirmar, de acordo com Karyna Batista SPOSATO¹¹¹, que a aplicação do melhor interesse da criança limita a pretensão punitiva do Estado, impedindo a aplicação de medidas abusivas e obrigando que sua

¹⁰⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

¹¹⁰ FERRANDIN, Mauro. *Princípio Constitucional da Proteção Integral e Direito Penal Juvenil*: possibilidade e conveniência de aplicação dos princípios e garantias do Direito Penal Juvenil aos procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2008. 151 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2008, p. 93. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Mauro%20Ferrandin.pdf>>. Acesso em: 11/05/2015.

¹¹¹ SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109-110.

escolha se dê de modo proporcional, adequado frente às condições de seu destinatário.

5. O ATO INFRACIONAL E A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

A análise do tema central deste trabalho, ou seja, a indagação quanto ao caráter da medida socioeducativa, parte necessariamente da compreensão do instituto do ato infracional e sua comparação com o crime e a contravenção penal, bem como da compreensão da consequência deste ato infracional: a medida socioeducativa.

5.1. O CONCEITO DE ATO INFRACIONAL

O art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente define o ato infracional – ou seja, o ato que justifica a aplicação das medidas socioeducativas previstas no art. 112 – como a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Por outro lado, em seguida, em seu art. 228, o Estatuto reafirma o preceito constitucional da inimizabilidade penal das pessoas com idade inferior da dezoito anos, ressaltando, apenas, que permanecem sujeitos às medidas previstas na legislação especial. Assim,

Sistematicamente, restringe-se o poder de polícia – ou seja, intervencionista do Estado –, limitando-o formal e materialmente às opções políticas adotadas por decorrência mesmo do alinhamento nacional às diretrizes internacionais dos Direitos Humanos – aqui, os inerentes às crianças e adolescentes¹¹².

Neste sentido, afirma Karyna Batista SPOSATO¹¹³ que, se figurando como ato infracional tão somente aquela conduta que contiver os mesmos aspectos definitórios da infração penal, a definição de ato infracional estaria completamente ligada ao Princípio da Legalidade.

¹¹² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato Infracional e Medidas Sócioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 68.

¹¹³ SPOSATO, Karyna Batista. SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

Portanto, como primeiro ponto, percebe-se que, conforme afirmado no primeiro capítulo, adotou-se a ideia de que devem ser considerados atos infracionais apenas aqueles descritos como crimes quando praticados por sujeitos totalmente imputáveis, afastando-se totalmente a noção de “desvio de conduta” como justificativa de aplicação de uma medida socioeducativa.

5.1.1. A Natureza Jurídica do Ato Infracional

Resta claro que, entre a concretização do ato infracional e do crime ou da contravenção penal há em comum a prática de um ato tipificado como crime. Entretanto, surge aqui um amplo debate: há em comum apenas o substrato fático (a prática da ação tipificada em lei penal), ou mais do que isso? Ou seja, o ato infracional pode ensejar responsabilidade jurídico-penal àquele que o praticou?

Karyna Batista SPOSATO¹¹⁴ afirma que, sendo ato infracional todo crime ou contravenção penal praticado por um adolescente, pode ser definido como toda conduta típica, antijurídica e culpável (punível/reprovável). Para tanto, opera uma distinção entre culpabilidade e responsabilidade, admitindo a culpabilidade do adolescente e sua responsabilização jurídico-penal.

Afirma, assim, que tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente adotado o modelo da responsabilidade,

os adolescentes devem responder por seus atos na medida de sua culpabilidade, uma vez que possuem capacidade valorativa e liberdade da vontade para aderir ao ilícito ao não, inclusive com a possibilidade de diferentes graus de participação¹¹⁵.

¹¹⁴ SPOSATO, Karyna Batista. SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 52.

¹¹⁵ *Idem*.

Mário Luiz RAMIDOFF¹¹⁶, por outro lado, analisando especificamente o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma que o legislador equiparou o ato infracional ao crime ou contração penal, tão somente, quanto ao substrato fático, ou seja, a conduta legalmente expressa na lei (ação ou omissão). Assim, não haveria como se falar que a diferença entre ato infracional e crime reside tão somente no nome ou nas consequências jurídicas de cada um. Isso porque o crime não se resume à realização de um ato tipificado, mas sim depende de todo um juízo de valor negativo que será realizado posteriormente, ou seja, a análise valorativa da culpabilidade e da antijuridicidade¹¹⁷. Nesse sentido, esclarece que o tipo penal não é o próprio crime, mas tão somente uma base substancial sobre a qual se analisará a dimensão comportamental, sobre a qual se farão os juízos de valor negativo.

Nesse sentido, relevante destacar que, para a teoria analítica do delito, o crime pode ser definido como a ação típica, antijurídica e culpável. Ou seja, sem a culpabilidade, não se aperfeiçoaria o delito, ainda que a conduta praticada fosse típica e antijurídica¹¹⁸.

E quanto à culpabilidade, de acordo com Cezar Roberto BITENCOURT¹¹⁹, e partindo de uma teoria normativa pura, pode-se afirmar que ela é composta por três elementos: a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de obediência ao direito.

A imputabilidade, de acordo com o autor, constitui-se na "capacidade ou aptidão para ser culpável", sendo o próprio núcleo, a condição central da

¹¹⁶ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medida socioeducativa*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 68.

¹¹⁷ Elementos do crime na doutrina analítica.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Volume 1. Culpabilidade. Culpabilidade como predicado do crime. Encontrar referencia no livro*. De acordo com o autor, "não basta caracterizar uma conduta como típica e antijurídica para a atribuição da responsabilidade penal a alguém. Esses dois atributos não são suficientes para punir com pena o comportamento humano criminoso, pois para que *esse juízo de valor* seja completo é necessário, ainda, levar em consideração as características individuais do autor do injusto. Isso implica, conseqüentemente, acrescentar mais um degrau valorativo no processo de imputação, qual seja, o da *culpabilidade*".

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Cabe ressaltar que não é o intento, nem seria razoável no espaço deste trabalho, a análise de todo o histórico da culpabilidade, passando pelas diversas teorias da culpabilidade já formuladas. Assim, adotamos a teoria normativa pura da culpabilidade - embora esta já tenha, de acordo com o autor, apresentado sua crise e sido superada - apenas para verificar quais os elementos da culpabilidade e se o ato infracional os preenche, de modo a poder ser equiparado ao crime e à contravenção penal.

reprovabilidade, aproximando-se da ideia do "poder atuar de outro modo". Portanto,

sem imputabilidade entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, com o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável¹²⁰.

A possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato, por sua vez, é entendida como a "possibilidade de o autor do fato conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude", Não seria, portanto, um conteúdo psicológico de conhecimento específico, mas sim a possibilidade de conhecer. Assim, do mesmo modo que ocorre com a imputabilidade, Cézar BITENCOURT¹²¹ verifica aqui a existência de possibilidade de o sujeito atuar de outro modo.

Por fim, a exigibilidade de obediência ao Direito seria, para o autor, a "possibilidade concreta de determinar-se conforme o sentido em favor da norma jurídica"¹²². Ou seja, seria a inexistência de situações extraordinárias que levem o autor a, embora imputável e consciente da antijuridicidade de sua conduta, atuar em desconformidade com a norma.

Partindo deste referencial teórico, portanto, pode-se dizer que a divergência central quanto à natureza jurídica do ato infracional reside na compreensão que tem o jovem sobre a ilicitude do ato que pratica e à possibilidade que tem de aderir ao ato delitivo ou não, ou seja, à sua culpabilidade.

E aqui é possível encontrar o fator mais relevante para a distinção entre ato infracional e crime ou contravenção penal: a questão comportamental e a maturidade. Nas palavras de Mário Luiz RAMIDOFF¹²³, a maturidade é o "autocontrole dos impulsos e dos instintos que se desenvolvem durante os processos pedagógicos e educacionais", enquanto que o discernimento é a

¹²⁰ BITENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 350.

¹²¹ BITENCOURT, César Roberto.

¹²² BITENCOURT, César Roberto.

¹²³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medida socioeducativa*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 87.

“capacidade psíquica de compreensão e análise distintiva do que possa ser culturalmente considerado ‘certo’ ou ‘errado’ (...) que motiva profundamente o comportamento da pessoa”.

Defende o autor, assim, que não se pode considerar perigosa uma pessoa que se encontra numa fase da vida – adolescência – na qual se descobrem diversas dimensões de mundo e a própria personalidade “justamente nas tentativas e ultrapassagem dos limites impostos pela normalidade”¹²⁴.

Este fato é claro e facilmente comprovado, sendo constatado em diversos estudos realizados. Em pesquisa desenvolvida com crianças e adolescentes institucionalizadas – e, portanto, em situação de risco – por Ivana ORIONTE e Sônia M. G. SOUZA¹²⁵, constatou-se que a transgressão é um meio muito utilizado pelos jovens na busca de sua autonomia, na busca de visibilidade. É a forma de não se sujeitarem, de manterem sua condição de indivíduos, “é a forma que as crianças encontram de denunciar sua insatisfação, expressar suas necessidades, apontando para as mudanças que precisam para viver de forma digna, tranquila e saudável”.

E por mais que tal pesquisa não tenha sido realizada com jovens infratores, foi o comportamento demonstrado por muitos adolescentes em situação de risco, que não têm seus direitos básicos garantidos, que não são considerados enquanto seres humanos e têm sua dignidade desrespeitada diariamente. E isso confirma a afirmação de RAMIDOFF de que

todo aquele adolescente que se encontra envolvido num evento tido como infracional, na verdade, já se encontra vitimizado pelas condições anteriores – risco pessoal – que o levaram a praticar uma conduta (ação ou omissão) conflitante com a lei – risco social¹²⁶.

¹²⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medida socioeducativa*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 88.

¹²⁵ ORIONTE, Ivana; SOUSA, Sônia Margarida Gomes. O significado de abandono para crianças institucionalizadas. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 11, n. 17, p. 3, jun. 2005. Importante esclarecer que referida pesquisa não foi realizada com jovens infratores, mas sim com crianças e adolescentes abrigadas em institutos, em razão da suspensão ou perda do poder familiar por parte de seus pais, em geral devido à situação de risco em que se encontravam tais jovens.

¹²⁶ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.* p. 88.

Ora, nota-se que os jovens que se encontram em situação de rua, em um estado de total abandono material, institucional e afetivo, precisam buscar meios para a preservação de sua autonomia, de sua identidade e de sua dignidade, sendo a transgressão, muitas vezes, ausentes os serviços públicos necessários, o meio de proteção possível, a “estratégia de sobrevivência” que têm ao seu alcance. E, de acordo com RAMIDOFF,

tais 'estratégias de sobrevivência', por vezes, acabam por se constituir numa outra expressão de violências, senão, por assim dizer, decorrência inafastável dos processos de vitimização em que se podem encontrar crianças e ou adolescentes, os quais, no mais das vezes, operam supressões dos direitos fundamentais e inerentes à personalidade humana¹²⁷.

Deste modo, resta clara a diferença existente entre o ato infracional e o crime ou a contravenção penal: não existindo a culpabilidade na conduta do infrator (ante a ausência de possibilidade de decidir em aderir ou não ao ato praticado), não resta preenchido um dos requisitos básicos à configuração do crime.

5.2. A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

A medida socioeducativa, conforme visto, é a consequência jurídica aplicada quando o adolescente (aquele entre 12 e 18 anos) pratica um ato infracional, ou seja, uma conduta tipificada em lei como crime ou contravenção penal.

De acordo com Mário Luiz RAMIDOFF¹²⁸, pode-se encontrar duas dimensões na medida socioeducativa. Externamente, seria aquela medida legal imposta pelo Estado ao adolescente infrator, tendo como objetivo assegurar todas as oportunidades e facilidades ao desenvolvimento de capacidades, potencialidades, realizações pessoais, enfim, permitir o próprio

¹²⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medida socioeducativa*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 90.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 98.

desenvolvimento da personalidade humana do jovem. Ou seja, seria, em síntese, uma forma de proteção, jamais com caráter sancionatório. Por outro lado, seria uma expressão dos valores humanos, fundamentais à constituição de todas as pessoas e, especialmente, daqueles que se encontram em uma condição peculiar de desenvolvimento.

A partir de sua análise, o autor desenvolve um conceito de medida socioeducativa voltado, preocupado, com o próprio adolescente, sobretudo em sua dimensão humana. Defende-se um olhar não preconceituoso sobre o instituto, fundando o que chama de marco teórico-jurídico-deontológico protetivo. Ao fim, a medida socioeducativa seria, acima de tudo, uma medida com caráter educativo-pedagógico. Nas palavras do autor,

a medida socioeducativa é preliminarmente a estipulação de uma relação conceitual normativa – art. 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente – estimativa e limitativa da intervenção estatal diferenciada, para assemelhar aquelas situações e circunstâncias que permitem e exigem a intervenção do Estado¹²⁹.

De forma alguma, portanto, seriam os menores de dezoito anos imputáveis penalmente. Ao contrário, são apenas sujeitos às medidas legais previstas na Lei Federal 8.069 de 1990.

5.2.1. As espécies de medidas socioeducativas

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 112¹³⁰, prevê quais são as medidas aplicáveis ao adolescente que praticou um ato

¹²⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medida socioeducativa*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 100.

¹³⁰ "Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de

infracional, quais sejam: a advertência, a obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. Além destas, o inciso VII do art. 112 autoriza também a aplicação cumulativa das medidas de proteção estabelecidas no art. 101, I a VI, do Estatuto.

Trataremos, assim, uma a uma, a fim de melhor compreender este instituto.

A medida socioeducativa denominada de advertência, regulamentada pelo art. 115 do Estatuto, consiste na admoestação verbal do adolescente, em audiência, a ser aplicada pelo juiz. Trata-se de um aviso, uma repreensão, que deverá ser reduzida a termo e assinada.

A segunda medida, denominada de obrigação de reparar o dano, pode ser realizada de três maneiras, conforme estabelecido pelo art. 116 do ECA: devolução da coisa, ressarcimento do prejuízo e compensação do prejuízo por qualquer meio.

A prestação de serviços à comunidade é regulamentada no art. 117 do Estatuto, consistindo na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses. Conforme dispõe o ECA, deverão estas tarefas serem realizadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas ou outros estabelecimentos deste gênero, além de programas comunitários ou governamentais.

Ressalta Wilson Donizeti LIBERATI¹³¹, quanto à prestação de serviços, que não pode ser aplicada contra a vontade do adolescente, o que constituiria trabalho forçado, que é constitucionalmente proibido.

A quarta medida socioeducativa, de liberdade assistida, é regulamentada pelos art. 118 e 119 do Estatuto, consistindo no acompanhamento e orientação, por um prazo mínimo de seis meses, do jovem que praticou um ato infracional. O acompanhamento é realizado por pessoa designada pelo Juiz, que ficará encarregada de promover socialmente o adolescente ou sua família; supervisionar a frequência e o aproveitamento

doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições".

¹³¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 106.

escolar do adolescente; diligenciar no sentido de sua profissionalização e inserção no mercado de trabalho; e apresentar relatório do caso.

Nas palavras de Mário Luiz RAMIDOFF,

a liberdade assistida se constitui na medida socioeducativa que melhor tem oferecido resultados adequados às orientações humanitárias e pedagógicas então propostas pela doutrina da proteção integral¹³².

O art. 120 do ECA trata do regime de semiliberdade. Pela Lei, esta medida não possui prazo determinado, podendo constituir tanto uma medida inicial como uma forma de transição da internação para o meio aberto. É importante notar que, nesta medida socioeducativa, é permitindo ao adolescente a realização de atividades externas, independente da autorização judicial, sendo obrigatórias a escolarização e a profissionalização.

Aqui, Marcelo Gomes SILVA¹³³ ressalta que “a medida não é apenas um meio-termo utilizado como ‘progressão’, pelo contrário, obriga que o adolescente seja inserido em programas de educação e trabalho”.

Os art. 121 a 125 discorrem acerca da internação, medida que consiste na privação da liberdade, estando sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Trata-se da medida socioeducativa mais gravosa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser aplicar apenas excepcionalmente, nos casos expressos e taxativos de seu art. 122, quais sejam: ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Assim defende Mário Luiz RAMIDOFF:

em nenhuma hipótese deverá [a internação] ser aplicada se houver outra medida legal – *socioeducativa* e ou *específica de*

¹³² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medida socioeducativa*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 110.

¹³³ SILVA, Marcelo Gomes. *Ato infracional e garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil*. Florianópolis: Editora Conceito, 2008. P. 58.

proteção – que se afigura adequada às circunstâncias do caso concreto, bem como à condição humana peculiar do adolescente¹³⁴.

É importante observar, ainda, que a medida de internação deve ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, devendo ser separada tanto de presídios (para adultos) quanto de abrigos (para crianças e adolescentes em situação de risco que estão sob a medida protetiva de acolhimento institucional), obedecendo uma rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Por fim, de acordo com o parágrafo único do art. 123 do Estatuto, é obrigatória a realização de atividades pedagógicas enquanto do cumprimento da medida de internação. Este assunto será melhor abordado a seguir.

5.2.2. Os discursos sobre a medida socioeducativa

Verifica-se atualmente a existência de grandes divergências, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, acerca do caráter da medida socioeducativa aplicada aos adolescentes autores de atos infracionais. Nas palavras de Marcelo Gomes SILVA¹³⁵ tal discussão é importante uma vez que, "dependendo da forma pela qual é interpretado o caráter da medida, pode o ator jurídico utilizá-la de modo equivocado, jogando por terra todo o avanço normativo realizado nos últimos anos".

Assim, pode-se observar a existência de três correntes quanto ao caráter da medida socioeducativa, cuja compreensão e análise permitirá o entendimento quanto à legitimidade de um Direito Penal Juvenil e de suas consequências.

¹³⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medida socioeducativa*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 112.

¹³⁵ SILVA, Marcelo Gomes. *Ato infracional e garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil*. Florianópolis: Editora Conceito, 2008. p. 61.

5.2.2.1. A medida socioeducativa enquanto mecanismo de proteção

Conforme explicado anteriormente, ao longo da etapa tutelar, marcadamente com o Código de Menores, concebia-se a medida socioeducativa como uma forma de proteção do adolescente infrator, numa lógica de que se internava o jovem para protegê-lo, para salvaguardá-lo, lógica esta que ainda se verifica tanto entre os juízes quanto entre os tribunais atualmente, causando grandes danos.

Apenas a exemplo, observe-se a seguinte decisão:

HABEAS CORPUS. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A TRÁFICO DE DROGA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA FUNDADA NA GRAVIDADE DO FATO E PARA PROTEÇÃO DO MENOR.DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1 Menor ao qual se impôs internação provisória por quarenta e cinco dias após ser apreendido em flagrante trazendo consigo sete porções de maconha, guardando outras quinze na própria casa. 2 **O tráfico de droga é atividade de extrema nocividade social, mostrando-se adequada e necessária a internação provisória para garantir a ordem pública e proteger o próprio adolescente infrator**, com outras passagens pelo Juízo tutelar, inclusive por fato semelhante. 3 Ordem denegada.

(TJ-DF - HBC: 20150020145689 , Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 18/06/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/07/2015 . Pág.: 277).

Este fato também é claramente demonstrado no documentário Juízo¹³⁶, que acompanha a trajetória real de adolescentes que praticaram atos infracionais que foram submetidos a processos judiciais. No filme, demonstra-se com brilhantismo, na prática, o desrespeito à dignidade dos adolescentes, bem como a seus direitos, suas garantias processuais e sua condição de

¹³⁶ *JUÍZO*. Direção: Maria Augusta Ramos. Produção: NOFOCO Filmes. Brasil, 2007. 90 min. Formato: 35mm. Ressalte-se que o documentário demonstra a história real de alguns jovens, com a única ressalva que, em razão da proibição de publicação dos rostos dos adolescente envolvidos em processos judiciais, foram estes submetidos por atores advindos de três comunidades do Rio de Janeiro, habituados às mesmas situações de risco daqueles que efetivamente praticaram os atos infracionais. No mais, todos os demais atores (Juíza, Promotora de Justiça, Defensor Público, pais e responsáveis e agentes carcerários) estão no desempenho de seu verdadeiro papel social, bem como todas as dependências de instituições de justiça e familiares mostradas no filme são verdadeiras.

sujeitos, sendo aplicadas medidas de internação em situações em que sequer havia indícios suficientes de autoria.

De acordo com Marcelo Gomes SILVA,

esse fenômeno pode ser observado na utilização assistencial das medidas socioeducativas, em especial nos atos infracionais mais leves, que, na maioria das vezes, são consequências de desajustes familiares, sociais, econômicos etc. a aplicação das medidas, nesses casos, a pretexto de afastar os adolescentes dos "perigos" que os cercam, distorce por completo seus objetivos e pode ser explicada a partir da falência, da sociedade e do Estado, em implementar políticas e programas sociais que trabalhassem a prevenção ao ato infracional¹³⁷.

Esta mesma ideia fica clara nos apontamentos de João Batista Costa SARAIVA¹³⁸, segundo o qual os defensores da doutrina da situação irregular utilizaram o Princípio do Superior Interesse da Criança como pedra angular de sua posição, conferindo ao juiz de menores poderes quase ilimitados em razão da incapacidade do jovem. Este princípio, para o autor, acaba sendo operado no atual sistema como um "Cavalo de Tróia" da doutrina tutelar, uma vez que:

Historicamente tem servindo muito mais para fundamentar decisões à margem dos direitos expressamente reconhecidos pela Convenção, adotados por adultos que sabem o que é o melhor para a criança, desprezando muitas vezes a própria vontade do principal interessado.

Nessa linha de raciocínio há Tribunais que ainda determinam a internação de adolescentes em conflito com a Lei, em circunstâncias em que a um adulto não se imporá privação de liberdade, sob o pífio argumento de que não sendo pena, isso lhe será um bem. Em nome do superior interesse, ignoram-se um conjunto de garantias instituídas. Em nome do "amor", atropela-se a Justiça¹³⁹.

¹³⁷ SILVA, Marcelo Gomes. Ato infracional e garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil. Florianópolis: Editora Conceito, 2008. p. 62.

¹³⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Acesso aos Tribunais e acesso à Justiça: Os direitos humanos dos adolescentes a que se atribui a prática de atos infracionais*. Disponível em: <<http://abraminj.org.br/Painel/anexos/Artigo%20-%20Juiz%20Jo%C3%A3o%20Batista%20Costa%20Saraiva.pdf>>. Acesso em 10/11/2015.

¹³⁹ *Idem*.

Nota-se, assim, que ao se entender a medida socioeducativa como uma forma de proteção do adolescente, abre-se espaço para enormes arbitrariedades, deixando ao alvitre do julgador a aplicação da medida ou não, a partir de sua própria interpretação do que seria melhor para o jovem em cada caso, anulando toda e qualquer garantia a qual este tenha direito.

5.2.2.2. A medida socioeducativa enquanto pena

Diversos autores defendem ser a medida socioeducativa verdadeira pena aplicada ao infrator, destacando, sobretudo, suas semelhanças e o caráter repressivo da medida aplicada: uma sanção imposta coercitivamente pelo Estado, prevista em lei, como retribuição à infração praticada.

Wilson Donizeti LIBERATI, ao comentar sobre a medida de internação em estabelecimento educacional, prevista no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma que "a privação de liberdade (...) não pode ser considerada senão como uma retribuição ao ato infracional praticado pelo adolescente"¹⁴⁰.

João Batista Costa SARAIVA, no mesmo sentido, afirma que

a Medida socioeducativa é uma resposta do Estado diante de um fato que a Lei define como crime ou contravenção. Neste aspecto, a medida socioeducativa insere-se em um conjunto de sanções que se pode definir como sanções penais, entre as quais a Pena, atribuída ao imputável (maior de 18 anos), faz-se uma espécie¹⁴¹.

Karyna Batista SPOSATO, igualmente, afirma que

em suma, a negação da natureza penal da regulação correspondente à responsabilidade dos adolescentes é desarrazoada. Deriva contudo da ambiguidade do Estatuto da

¹⁴⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e Ato Infracional: Medida socioeducativa é pena? São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012. 2 ed., p. 131.

¹⁴¹ SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010. 4 ed., p. 72.

Criança e do Adolescente que dada a não utilização da expressão penal tende a permitir confusões conceituais, deixando aberto o espaço para interpretações tutelares acerca de suas finalidades¹⁴².

Ainda, Ana Paula Motta COSTA, tratando de um "caráter penal especial" das medidas socioeducativas, defende que

tais medidas, por serem restritivas de direitos, inclusive da liberdade, consequência de responsabilização, terão sempre caráter penal, sendo sua natureza de sanção ou de retribuição¹⁴³.

Nota-se, assim, que a partir de aproximações e semelhanças entre os institutos do ato infracional e do crime ou da contravenção, bem como entre as medidas aplicadas aos adolescentes infratores e as penas cominadas aos adultos, diversos autores buscam o reconhecimento de um caráter penal na medida socioeducativa, sobretudo com o objetivo de, ao assumir a natureza penal da medida, conceder aos adolescentes infratores as mesmas garantias previstas aos adultos na ordem processual. É neste argumento, portanto, que se fundamenta toda a teoria do Direito Penal Juvenil.

5.2.2.3. A medida socioeducativa enquanto medida judicial *strictu sensu*

Não aderindo à concepção da medida socioeducativa enquanto pena ou medida de proteção, alguns autores adotam posicionamentos distintos, passando a examiná-la e defendê-la tão somente como uma medida judicial a ser aplicada ao adolescente, uma medida judicial *strictu sensu*.

¹⁴² SPOSATO, Karyna Batista. Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2011, p. 77.

¹⁴³ COSTA, Ana Paula Motta. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 79.

Nesta linha, sustenta Mário Luiz RAMIDOFF que a análise das medidas socioeducativas deve partir, sempre, dos valores humanos, defendendo que

*a medida socioeducativa é uma reação estatal adequada pedagogicamente às necessidades educacionais e sociais dos adolescentes que através da prática de ato infracional sinalizaram situação de ameaça ou violência aos seus direitos individuais e ou às suas garantias fundamentais*¹⁴⁴.

Ainda mais, afirma que

*a medida socioeducativa, em decorrência disto, possui conteúdo pedagógico (educacional), orientação protetiva (direitos humanos) e especial (absoluta propriedade na efetivação dos direitos e garantias fundamentais)*¹⁴⁵.

Também Alexandre Morais da ROSA e Ana Christino Brito LOPES, defendendo a autonomia do Direito Infracional e criticando qualquer aproximação operada entre este e Direito Penal, afirmam que

*em face da edição da Convenção Internacional da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o Direito Infracional ganhou sua autonomia. Não pode mais ser considerado um apêndice do Direito Penal, do Direito de Família, ou mesmo abordado conjuntamente com as demais disposições do ECA, sob pena de se confundir seus registros*¹⁴⁶.

Interessante destacar, ainda, que tais autores identificam na medida socioeducativa um necessário caráter agnóstico, criticando qualquer pretensão pedagógica:

enquanto se mantiver a perspectiva pedagógica - reforma subjetiva do sujeito adolescente - das medidas

¹⁴⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2011. 3 ed., p. 108.

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ ROSA, Alexandre Morais da.; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. XXVII.

socioeducativas, nada muda. Para tanto, parafraseando Ferrajoli, a medida socioeducativa não pode pretender reeducar, nem deseducar corrigir ou corromper, melhorar nem piorar o adolescente. Deve respeitar sua autonomia e somente impor restrições pessoais, atendido o devido processo legal. (...) Pode-se, assim, utilizar o modelo garantista como referencial, desde que ciente de suas limitações e principalmente que para o garantismo sério, a resposta estatal, no caso representada pela medida socioeducativa, não pode melhorar, nem piorar o adolescente: é agnóstica. Nas forma de instrumento democrático, pode-se apresentar alternativas, somente. O resto é ranço lombrosiano¹⁴⁷.

Deste modo, contrapõem-se fortemente não apenas àqueles que verificam um caráter penal na medida socioeducativa, mas também a autores que, embora criticando o Direito Penal Juvenil, defendem o caráter pedagógico das medidas. Portanto, nota-se a grande heterogeneidade entre os autores que defendem a medida socioeducativa enquanto medida judicial *strictu sensu*.

5.2.3. A questão pedagógica

Além de grandes divergências quanto à natureza jurídica da medida socioeducativa, outro debate igualmente intenso e igualmente - ou talvez mais - importante que se verifica em nosso país quanto a este instituto jurídico se refere à sua pretensa função pedagógica. A questão, aqui, portanto, é a seguinte: é possível que uma medida socioeducativa tenha por função educar o adolescente infrator?

As questões aqui são várias, bem como são diversas as posições.

Dentre os que defendem que a existência de uma função pedagógica na medida socioeducativa, Murilo DIGIÁCOMO afirma que a finalidade destas medidas é

a descoberta das causas da conduta infracional e o posterior acompanhamento, orientação e eventual tratamento do adolescente, de acordo com suas necessidades pedagógicas

¹⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da.; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. XLII-XLIII.

específicas, de modo a proporcionar a proteção integral que lhe é prometida pela Lei e pela Constituição Federal¹⁴⁸.

Também neste sentido, Karyna Batista SPOSATO, sustenta que

No caso dos adolescentes, diferentemente dos adultos, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento impõe que a prevenção especial das medidas se realize por intermédio de projetos educativos e pedagógicos, em atendimento às necessidades pessoais e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários de cada jovem¹⁴⁹.

Antonio Carlos Gomes da COSTA¹⁵⁰ afirma que a função essencial da ação socioeducativa é a preparação do jovem para o convívio social, devendo desenvolver seu potencial para ser e conviver a partir do desenvolvimento de três pontos: educação para o trabalho, pelo trabalho e no trabalho.

Também Wilson Denizeti LIBERATI assim se manifesta:

As medidas socioeducativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes, quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se elas à formação do tratamento integral empreendido, a fim de reestruturar o adolescente, para atingir a normalidade da integração social¹⁵¹.

Entretanto, no que pese a existência de um grande número de autores defendendo a função educativo-pedagógica da medida socioeducativa, existem alguns posicionamentos contrários, cujos argumentos são de extrema relevância e atualidade.

¹⁴⁸ DIGIÁCOMO, Murilo. Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. *In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 212.

¹⁴⁹ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes*. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011 p. 57.

¹⁵⁰ COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Natureza e Essência da Ação Socioeducativa. *In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 449-467.

¹⁵¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 104.

Alexandre Morais da ROSA e Ana Christina Brito LOPES, em ferrenha crítica à qualquer tentativa pedagógica na medida socioeducativa, afirmam que esta lógica serve tão somente para reafirmar a ordem dominante, num claro ímpeto totalitário a defender a "bondade dos bons", ou seja, o *status quo*, a dominação das classes superiores. Em suas palavras:

Os bons ditando o que deve ser aplicado aos adolescentes objetificados. (...) A Justiça da Infância e da Juventude continua, salvo poucas exceções, contribuindo para fomentar a ideologia de formação para o trabalho, o respeito a ordem e a disciplina, a tolerância das violações por parte do Estado, agindo na camada mais excluída da população para manter a tranquilidade ideológica de poucos. Justificando o uso da opressão em uma parcela cada vez maior de pessoas - adolescentes - com o enfadonho e cínico discurso de que a intervenção é um 'bem para o adolescente'. A pretensão de domesticar o povo jovem, normalmente ainda crente em mudar o mundo lutar contra as injustiças, impondo medidas que o façam refletir e adquirir os hábitos da ordem burguesa, é o tom das pomposas propostas pedagógicas que se perdem na teoria, deslizam no Imaginário¹⁵².

Apontam, assim, partindo de pressupostos criminológicos e psicanalíticos, para a evidente necessidade de se preocupar sobre qual a educação que se pretende com esta finalidade pedagógica da medida socioeducativa. Afinal, qual é o "padrão correto" de educação a se passar para estes jovens?

Esta crítica se faz deveras importante quando se lembra que os adolescentes alvo da Justiça Infracional são aqueles pobres, excluídos, das camadas mais baixas da sociedade. Afinal, sendo caracterizados os atos infracionais como as mesmas ações que, cometidas por adultos, caracterizam crimes ou contravenções penais, ocorre com os adolescentes infratores a mesma seletividade verificada no Direito Penal.

E isso é facilmente percebido. O Panorama Nacional da Execução de Medidas Socioeducativas de Internação¹⁵³, realizado em 2012 pelo Conselho

¹⁵² ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 265.

¹⁵³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama Nacional: A Execução das Medidas Sócioeducativas de Internação*. 2012. Disponível em:

Nacional de Justiça (CNJ) com 1.898 adolescentes cumprindo medida de internação, demonstrou que o perfil destes adolescentes é ter idade entre 15 e 17 anos, com famílias desestruturadas, defasagem escolar e envolvimento com substâncias entorpecentes, praticantes, sobretudo, de infrações contra o patrimônio (furto e roubo). Apenas a título de exemplo, os dados colhidos demonstram que o índice de analfabetismo entre estes jovens – ressalte-se, em geral com idade entre 15 e 17 anos – chegou à média de 8%. Analisando cada região individualmente, o índice chegou a gritantes 20% no nordeste. Ademais, na média geral, apenas 11% dos internados chegaram ao ensino médio.

No mesmo sentido apontam os dados colhidos em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2003¹⁵⁴, no qual verificou-se que, à época, 90% dos adolescentes cumprindo medidas socioeducativas em meio fechado eram do sexo masculino, sendo que mais de 60% destes eram afrodescendentes. Ainda, do total, 51% não frequentavam a escola quando praticaram o delito e 49% não trabalhavam, sendo que, entre os 51% que trabalhavam, 40% ocupavam posições no mercado informal. Ademais, 89,6% dos jovens internados não haviam terminado o Ensino Fundamental, sendo que a taxa de analfabetismo encontrava-se em torno de 6%. Quanto à renda familiar, 66% dos jovens viviam em famílias com rendimentos de até dois salários mínimos mensais, valor que, à época, correspondia a R\$ 400,00. Por fim, percebeu-se que 85,6% dos jovens internados eram usuários de alguma substância entorpecente antes da internação.

Ora, tal perfil de jovem não se assemelha muito ao de um adolescente de classe média ou alta.

Aliás, o próprio Caderno da Superintendência Pedagógica da Fundação Casa (antiga FEBEM), assim afirma:

<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/panorama_nacional_justica_ao_jovem.pdf>. Acesso em 24/10/2015.

¹⁵⁴ IPEA. *Adolescentes em Conflito com a Lei: situação do atendimento institucional no Brasil*. 2003. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em 07/11/2015.

Também é corrente nas nossas conversas a ideia da adaptação social e a ideia complementar de que trabalhamos com os inadaptados, e que, portanto, devemos conduzi-los à esperada condição de indivíduos adaptados socialmente. Este conceito de inadaptação está usualmente associado ao respeito a um pacto social de convivência pacífica, de respeito às leis e à moral¹⁵⁵.

Mas afinal, que moral é essa? A moral dos morros e favelas, da população pobre e excluída, ou daqueles com maior capacidade aquisitiva, com condições de assegurar uma posição dentro da atual lógica consumista?

Assim, de fato, se o alvo do legislador na aplicação da medida socioeducativa é o jovem pobre e excluído, como se justificar a aplicação a ele de um padrão de educação, de moral, das classes dominantes?

Inclusive, Augusto THOMPSON, em análise à Funabem do Rio de Janeiro, assim escreveu:

É freqüente entre os funcionários (claro, nunca na frente dos menores) surgirem observações no sentido de que o rapaz, ao furtar ou roubar, está recorrendo ao único expediente apto a lhe permitir uma efetiva melhoria no nível de vida:
— Como é que a gente vai convencer um garoto desses a trabalhar honestamente, para receber uma miséria, se ele tem a competência para, em meia hora, num lance, realizar um 'ganho' superior ao valor de um ano de trabalho remunerado a salário mínimo?¹⁵⁶.

Ademais, Vivian CALDERONI afirma que

a intenção escondida é de selecionar quais dos adolescentes que estão em conflito com a lei serão segregados e excluídos da sociedade por determinado período de tempo. Com a camuflagem de se considerar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, opta-se por privar esses jovens de liberdade, perpetuando a lógica perversa capitalista da exclusão social. Antes de serem submetidos a alguma medida de internação, os adolescentes passam por um filtro. A maioria dos delitos não chega ao conhecimento da justiça, outros, por sua vez, são considerados aptos a receberem remissão. Essa

¹⁵⁵ FUNDAÇÃO CASA. Superintendência Pedagógica. *Educação e Medida Sócioeducativa: Conceito, Diretrizes e Procedimentos*. São Paulo, 2010. p. 29. Disponível em <<http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/>>. Acesso em 25/10/2015.

¹⁵⁶ THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 122-123.

duas situações impedem que os adolescentes sejam submetidos a qualquer medida sócio-educativa¹⁵⁷.

Mais adiante, ainda, que

determinado grupo social é eleito cliente preferencial do aparato repressor e o contato com este tem o efeito de fortalecer essa condição de marginalizado, aumentando sua vulnerabilidade perante o sistema e enfraquecendo o ser humano no que tange às características que lhe conferem dignidade¹⁵⁸.

Conclui-se, deste ponto de vista, portanto, que a pretensa função pedagógica da medida socioeducativa constituiria num meio de operar a "docilização" do adolescente infrator, convertendo-o num trabalhador, numa engrenagem do sistema capitalista.

A segunda crítica se faz, sobretudo, quanto às medidas socioeducativas de meio fechado, ou seja, à semi-liberdade e à internação. Aqui, analisando-se o dia-a-dia dos estabelecimentos nos quais se cumprem tais medidas, as críticas a esta pretensa função pedagógica se tornam ainda mais sérias e pertinentes.

Vivian CALDERONI¹⁵⁹, analisando a Fundação Casa do Estado de São Paulo, faz diversas críticas ao modo como se dá a execução da medida socioeducativa de internação, apontando a impossibilidade de se atingir qualquer finalidade pedagógica no modo como se opera tal instituto atualmente.

Em primeiro lugar, a autora ressalta que, embora sejam diferentes "as cadeias e as instituições destinadas à internação de adolescentes, a semelhança em sua essência é muito grande, pois não fogem de suas características de instituições totais"¹⁶⁰. Assim, afirma que o sistema busca apenas a normalização destes indivíduos, forçando-os a se submeterem totalmente à rotina e às regras impostas.

¹⁵⁷ CALDERONI, Vivian. Adolescentes em Conflito com a Lei: considerações críticas sobre a medida de internação. In. *Revista Liberdades*. n. 05, set./dez. 2010. p. 28.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 44.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 19-53.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 41

Vai mais além, entretanto. Aponta que não é somente a semelhança entre o sistema penitenciário e as instituições de internação que preocupa, mas sobretudo o modo como se verifica se o adolescente internado está ou não apto ao retorno ao convívio social. Isso se faz, na sistemática atual, pelo nível de submissão do adolescente ao sistema, no quanto eles obedecem as regras que lhe são impostas. Aqui, Augusto THOMPSON apresenta uma grande incongruência:

Se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado como readaptado à vida livre. (...) tão formidável paralogismo: julgar que o criminoso, por submissão às regras intramuros, comportar-se-á como não-criminoso, no mundo livre¹⁶¹.

Assim, demonstrando diferenças inconciliáveis entre a vida dentro e fora dos muros da penitenciária (ou no caso, da instituição de internação), afirma que a adaptação à vida internada significa justamente a desadaptação à vida livre.

E é justamente em razão desta desadaptação operada dentro da instituição de internação que se verificam os seguintes problemas no atual modelo de internação, a impedir qualquer função pedagógica: alta estigmatização, não aproveitamento dos cursos oferecidos na instituição e ambiguidade do sistema.

Quanto à estigmatização, utilizando a teoria do *Labelling Approach*¹⁶², CALDERONI¹⁶³ aponta a perversidade do sistema de internação, no qual o jovem é rotulado como criminoso e, sobretudo em razão da fase de peculiar

¹⁶¹ THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 60-61.

¹⁶² De acordo com Sérgio Salomão Shecaira, a teoria do *Labelling Approach* surgiu na década de 1960, configurando um pensamento criminológico que deixa de se referir ao crime e ao criminoso, passando a voltar sua base de reflexão ao sistema de controle social e suas consequências, além do papel exercido pela vítima na relação delitual. De acordo com esta teoria, portanto, também conhecida como teoria do etiquetamento, o comportamento desviante é criado pelo estabelecimento de regras cuja infração constitui uma desviação, de modo que “o desviante é alguém a quem o rótulo social de criminoso foi aplicado com sucesso; as condutas desviantes são aquelas que as pessoas de uma dada comunidade aplicam como um rótulo àquele que comete um ato determinado”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 253.

¹⁶³ CALDERONI, Vivian. Adolescentes em Conflito com a Lei: considerações críticas sobre a medida de internação. In. *Revista Liberdades*. n. 05, set./dez. 2010. p. 43.

desenvolvimento em se encontra, o assimila e passa a agir como tal, criando uma "espiral de reincidência", tendo quase por certo que tornará a conflitar com a lei, seja quando ainda adolescente, seja quando adulto. A título de exemplo, aponta o procedimento obrigatório de raspagem do cabelo dos jovens que adentram a instituição, prática esta que

fere a dignidade desses jovens, ao violar a integridade física, psíquica e moral. Ademais, tal corte de cabelo cria uma marca nesses jovens, de modo que, mesmo depois de deixarem a instituição, continuam a ser reconhecidos na rua como ex-internos¹⁶⁴.

No que se refere aos cursos ofertados, percebe-se como principal problema o fato de que os adolescentes são forçados à acompanhá-los, não tendo sequer o direito de escolha sobre qual atividade desejam realizar, uma vez que a decisão cabe à direção da instituição. Assim, dentro da ótica apontada por THOMPSON, o jovem busca apenas assistir aos cursos para indicar ao assistente que o fez, conforme determinado pela ordem regente da instituição, a fim de demonstrar que está se sujeitando às regras e, assim, está pronto para retornar à vida livre. Nas palavras de Flávio FRASSETO:

a ideologia correccionalista vai prescrever e ministrar, por seus prepostos, os remédios voltados a emendar o sujeito que a ela deve se submeter. Eventual resistência é encarada como subversão, prova cabal do desvio, confirmação da perigosidade e a assimilação do conteúdo da intervenção – no limite da mudança do próprio jeito de ser, é posta como condição para devolução da liberdade¹⁶⁵.

Por fim, percebe-se que o sistema atual é altamente ambíguo. Ao mesmo tempo que pretende educar o adolescente, impõe-se de um modo violento, punitivo, numa lógica de castigo. Isso se dá por dois motivos. Em primeiro lugar, pelo trato com os adolescentes, exemplificado por Vivian CALDERONI na cultura de serem os internos obrigados a andarem com as

¹⁶⁴ CALDERONI, Vivian. Adolescentes em Conflito com a Lei: considerações críticas sobre a medida de internação. In. *Revista Liberdades*. n. 05, set./dez. 2010. p. 43.

¹⁶⁵ FRASSETO, Flávio. Execução da Medida Sócio-educativa de Internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 317.

mãos para trás e a cabeça baixa, postura vista pelos adolescentes como altamente humilhante:

Andar com as mãos sempre para trás e ser obrigado a concordar com tudo que lhes é dito é um ato violento, uma grande privação. Nesta mesma pesquisa [realizada na Fundação Casa], constatou-se que 54% [dos adolescente] responderam que "tem tudo/muito a ver comigo" o fato de "a gente aqui dentro parecer um animal que está sendo domado"¹⁶⁶.

Em segundo lugar, aponta-se como grande violência do sistema a ausência de condições mínimas nas instituições, tendo os adolescentes seus direitos fundamentais desrespeitados. Nesse sentido:

A gravidade da situação se reflete já no espaço físico onde permanecem no cumprimento da medida: os aspectos de higiene, salubridade, ausência de luz natural. Algo sinalizado desde o levantamento nacional realizado pelo antigo Departamento da Criança e do Adolescente do Ministério da Justiça, em 1999. Os estabelecimentos prisionais transformados em unidades de internação (as grades e cadeados, as solitárias, as camas de alvenaria) e unidades em visível deterioração, com comprometimento das instalações hidráulicas, sanitárias e elétricas¹⁶⁷.

Estes fatos são, novamente, claramente demonstrados no documentário Juízo¹⁶⁸, de direção de Maria Augusta Ramos, que expõe a realidade de adolescentes dentro do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE), órgão responsável pelo cumprimento de medidas socioeducativas no Estado do Rio de Janeiro vinculado à Secretaria de Estado de Educação.

Trata-se de uma realidade dura e muito próxima à de instituições penitenciárias, sendo os adolescentes submetidos à revistas invasivas quando da entrada na instituição, tendo seus cabelos raspados, e sendo

¹⁶⁶ CALDERONI, Vivian. Adolescentes em Conflito com a Lei: considerações críticas sobre a medida de internação. In. *Revista Liberdades*. n. 05, set./dez. 2010. p. 45.

¹⁶⁷ TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Evitar o Desperdício de Vidas. In *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006 p. 442-443.

¹⁶⁸ JUÍZO. Direção: Maria Augusta Ramos. Produção: NOFOCO Filmes. Brasil, 2007. 90 min. Formato: 35mm.

posteriormente submetidos a rotinas quase militares, onde a submissão às ordens dos agentes da instituição é absoluta. Um dos fatos marcantes é que, a todo momento, os jovens são obrigados a andar com as mãos para trás e a cabeça abaixada, além de serem constantemente humilhados pelos agentes com palavras de baixo calão. Ademais, nota-se que as celas nas quais os adolescentes permanecem boa parte do tempo não apresentam condições mínimas de higiene, em total desrespeito à sua dignidade.

Assim, Maria de Lourdes Trassi TEIXEIRA conclui que

Nas condições institucionais atuais – em diferentes cantos do Brasil – de cumprimento da medida de privação de liberdade, não é possível nenhum processo educacional, nenhuma esperança. Portanto, é necessário, antes de tudo, reinventarmos a capacidade de nos sensibilizar com o sofrimento do corpo torturado, com a dor da humilhação, para atribuímos a esses adolescentes sua dignidade moral e nos tornarmos educadores. Do contrário, as palavras ficam ocas de significado¹⁶⁹.

Portanto, em resumo, dentre os autores que defendem a inexistência de caráter pedagógico na medida socioeducativa, encontram-se dois fundamentos. Em primeiro lugar, a alta seletividade do sistema infracional, escolhendo jovens já vitimizados e socialmente excluídos, para que, inseridos no sistema socioeducativo, sejam "docilizados" e transformados de infratores em trabalhadores, aplicando-lhes a moral dos "bons", ou seja, das classes dominantes. E, em segundo lugar, a ausência de qualquer condição para que, atualmente e, especificamente nas medidas de meio fechado (semi-liberdade e internação), se opere qualquer educação.

O interessante, aqui, é que, ao contrário do que ocorre quanto à natureza jurídica da medida socioeducativa, onde as posições são bastante firmes e consolidadas, há uma clara contradição quanto à finalidade da medida socioeducativa. Existem, ao mesmo tempo, autores defendendo 1) o caráter penal da medida e sua função pedagógica; 2) o caráter penal e a ausência de função pedagógica; 3) a ausência de caráter penal e a finalidade pedagógica; e 4) a inexistência tanto de caráter penal quanto de finalidade pedagógica.

¹⁶⁹ TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Evitar o Desperdício de Vidas. *In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006 p. 442-445.

Assim, expostas as teses e correntes doutrinárias existentes quanto à medida socioeducativa, bem como as divergências quanto à sua finalidade, passamos ao próximo capítulo, no qual se questiona a possibilidade de um Direito Penal Juvenil e as soluções à sua não adoção.

6. O CARÁTER DAS MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS E O DIREITO PENAL JUVENIL

Para os defensores do Direito Penal Juvenil, a aplicação dos institutos penais e processuais penais em relação aos adolescentes infratores viria em seu benefício, conferindo-lhe todas as garantias de que desfrutam os adultos no processo penal.

Neste sentido, defende Ana Paula Motta COSTA que:

o grande avanço será admitir explicitamente a existência da responsabilidade penal juvenil, como categoria jurídica, enfatizando o aspecto pedagógico da resposta como prioritário e dominante. É útil à concepção doutrinária garantidora de direitos que se proclame o caráter penal das medidas socioeducativa, pois, sendo assim reconhecidas, serão impostas observando o critério de estrita legalidade¹⁷⁰.

Também sustentando que o Direito Penal Juvenil conferiria aos adolescentes todas aquelas garantias inerentes aos adultos no processo penal, além de outras mais próprias do Direito da Criança e do Adolescente, João Batista Costa SARAIVA defende que

assim se impõe que se faça compreendido o que se diz Direito Penal Juvenil, adjetivo que qualifica este Direito Penal. Incorpora seus preceitos garantistas e lhe restringe o foco de atuação à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que desfruta o adolescente, amplificando aquelas garantias em face da condição diferenciada ostentada pelo sujeito dessa norma¹⁷¹.

Entretanto, diante destes argumentos, há que se pensar acerca das consequências do reconhecimento de um Direito Penal Juvenil. Neste sentido, Leoberto BRANCHER e Beatriz AGUINSKY resumem o debate nas seguintes questões:

¹⁷⁰ COSTA, Ana Paula Motta. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 79.

¹⁷¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010. p. 94.

- É possível garantir a prevalência dos objetivos pedagógicos das medidas socioeducativas e evitar a vala comum do sistema penal dos adultos, mesmo admitindo contenham carga retributiva de natureza penal? - Ao não admitir sua natureza penal, não se estaria desconsiderando todo o sistema de garantias constitucionais em prejuízo dos jovens acusados? - Desde o ponto de vista dos direitos humanos dos jovens acusados, que ganhos e que perdas decorrem da opção ou não pelo sistema de responsabilidade penal juvenil?¹⁷²

É a partir de tais questionamentos, portanto, que se debate – e, no presente trabalho, se refuta – a existência de um Direito Penal Juvenil.

A corrente que se contrapõe ao caráter penal da medida socioeducativa, assim, nega a aplicação dos institutos do Direito Penal e do Direito Processual Penal aos adolescentes infratores, ainda que em seu aparente benefício. De acordo com Marcelo Gomes SILVA,

Entre os diversos argumentos, tem-se que ambas as disciplinas acima são matérias estranhas ao Direito da Criança e do Adolescente. Também que se estaria a repetir um modelo viciado e provavelmente ineficaz, além de repressivo, diverso da Doutrina da Proteção Integral. Ainda pelo fato de que as garantias podem e devem partir da Constituição e do Estatuto¹⁷³.

Neste mesmo sentido, Murilo José DIGIÁCOMO e Ildeara de Amorim DIGIÁCOMO sustentam que

embora pertençam [as medidas socioeducativas] ao gênero ‘sanção estatal’ (decorrentes da não conformidade da conduta do adolescente a uma norma penal proibitiva ou impositiva),

¹⁷² BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, Beatriz. Juventude, Crime & Justiça: uma promessa impagável? In *Justiça, Adolescente e Ato infracional: socioeducação e responsabilização*. ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006. P. 475. É importante esclarecer que, no que pese os questionamentos colocados pelos autores, eles ressaltam que é o debate – ou melhor dizendo, o impasse – existente entre operadores do direito quanto ao caráter da medida socioeducativa o maior culpado pelas dificuldades no avanço do Sistema Socioeducativo. Apontam, assim, a existência de outra dicotomia, outro questionamento, tão controverso quanto e tanto mais importante, relativo à natureza interdisciplinar da medida socioeducativa. Em síntese, o debate que Brancher e Aginski buscam suscitar é quanto ao modo de superar o paradoxo que é a medida socioeducativa, que ao mesmo tempo pretende acolher e disciplinar, prestar assistência e controlar, dar afeto e limitar, enfim, o paradoxo entre segurança e justiça.

¹⁷³ SILVA, Marcelo Gomes. *Ato infracional e garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil*. Florianópolis: Editora Conceito, 2008. p. 79.

não podem ser confundidas ou encaradas como penas, pois têm natureza jurídica e finalidade diversas. Enquanto as penas possuem um caráter eminentemente retributivo/punitivo, as medidas socioeducativas têm um caráter preponderantemente pedagógico, com preocupação única de educar o adolescente acusado da prática de ato infracional, evitando sua reincidência¹⁷⁴.

Apontam, assim, a inexistência de qualquer relação de quantidade ou qualidade entre as penas e a medida socioeducativa aplicada, exemplificando a partir da inexistência de qualquer impedimento para que um adolescente que cometeu uma infração grave cumpra a medida em meio aberto.

Ainda, Paulo Afonso Garrido de PAULA, defende também que as medidas de proteção (aplicáveis às crianças, portanto, menores de doze anos) e as medidas socioeducativas representam ordens de medidas jurídicas, dotadas de coercibilidade e que têm como fato gerador uma conduta equiparada ao crime ou à contravenção penal, estando "inseridas em um sistema diverso, diferenciado do cível e do penal, representando consequências próprias de um ramo autônomo do nosso ordenamento jurídico"¹⁷⁵.

Também Olympio de Sá SOTTO MAIOR NETO defende a ausência de caráter penal na medida socioeducativa, afirmando que

a medida socioeducativa – em sua essência – em nada tem a ver com a pena, embora ambas apresentem o propósito de responder à prática de atos previstos como ilícitos penais. Pelo pensamento majoritário da doutrina criminal – e em análise ontológica –, a finalidade da pena é tão-só de retribuição à prática do delito (o mal justo da pena ao mal injusto do crime), não contemplando propósito de emenda ou ressocialização do condenado (aliás, defendem alguns a tese de que sequer teria o Estado o direito de pretender modificar a postura social do criminoso); enquanto a medida socioeducativa apresenta caráter eminentemente pedagógico, tendente a interferir no processo de desenvolvimento do adolescente autor do ato

¹⁷⁴ DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado*. 6 ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2013. p. 163.

¹⁷⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In. *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 34.

infracional objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social¹⁷⁶.

Partilhando do mesmo entendimento, sustenta com propriedade Mário Luiz RAMIDOFF¹⁷⁷ que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal adotaram, em âmbito nacional, as diretrizes internacionais da Doutrina da Proteção Integral como viés próprio dos Direitos Humanos, criando um garantismo positivo e afastando do direito da infância e da juventude a aplicação de qualquer conteúdo, instituto ou teoria da dogmática jurídico-penal. Em suas palavras:

Esta ciência extraordinária que vem operando mudanças importantes se chama Doutrina da Proteção Integral que, certamente, não precisa ser substituída ou amparada por um pretense Direito Penal Juvenil. A Doutrina da Proteção Integral é bastante em si para funda um trabalho coletivo do novo pensamento sobre o asseguramento integral e prioritário dos direitos da criança e do adolescente, de forma continuada e superadora, aja vista que isto representa o sentido mesmo da dialética democrática que evita um centralismo autoritário do Estado em ser o concentrador expansionista e tutelador de direitos, e passa a (re)conduzir a mirada protetiva na centralidade e dignidade da pessoa humana¹⁷⁸.

Percebe-se, portanto, a existência de inúmeros argumentos apontando no sentido da necessidade de se operar uma mudança de paradigma no campo do Direito da Infância e da Juventude, a fim de afastar definitivamente a hipótese de reconhecimento de um Direito Penal Juvenil.

Ademais, há que se perceber que, embora a pedra angular da defesa de um Direito Penal Juvenil se coloque no sentido de conferir aos adolescentes infratores as garantias que desfrutam adultos no processo penal, é falsa a ideia de que este é o único método pelo qual se garantirão os direitos dos jovens

¹⁷⁶ SOTTO MAIOR NETTO, Olympio de Sá. Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional. In. *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006 p. 145-146.

¹⁷⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medidas socioeducativas*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

¹⁷⁸ *Idem*.

imputados. Ora, “negar o Direito Penal Juvenil não significa negar as garantias aos adolescentes”¹⁷⁹.

Neste sentido, defendem Moraes da ROSA e Brito LOPES que

Não se precisa aproximar tanto o Direito Penal do Direito Infracional para que ele se torne garantista. Um Processo Infracional pode se construir de maneira autônoma porque significa o manejo do poder estatal, com repercussões nos Direitos Fundamentos do adolescente, mas nem por isso é Direito Penal¹⁸⁰.

Note-se, conforme analisado ao longo de todo este trabalho, o histórico do tratamento conferido aos menores de dezoito anos que cometem atos infracionais e do próprio Direito da Criança e do Adolescente demonstra uma clara evolução no sentido de se reconhecer a condição dos jovens como sujeitos de direito, priorizar seus interesses e concretizar a Doutrina da Proteção Integral, superando-se as etapas indiferenciada e tutelar. Seria uma completa contradição, portanto, no presente momento, retornar a utilizar modelos já superados, tratando-se penalmente os adolescentes, desconsiderando toda a luta e as conquistas do último século.

Como aponta José Ricardo Ferreira CUNHA,

O direito especial da criança e do adolescente tem características inovadores e interdisciplinares, o que lhe coloca em posição privilegiada na sua construção epistemológica e na sua intervenção técnica. Assim, deve-se buscar aprofundar esta característica como forma de superação das violências formais que, paradoxalmente, cercam o mundo jurídico¹⁸¹.

Ainda, além de se verificar que o Direito da Criança e do Adolescente é bastante em si mesmo para a proteção dos interesses e direitos dos adolescentes em conflito com a lei, nota-se que não há nenhuma garantia de

¹⁷⁹ SILVA, Marcelo Gomes. Ato infracional e garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil. Florianópolis: Editora Conceito, 2008. p. 87.

¹⁸⁰ ROSA, Alexandre Moraes da.; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. XL.

¹⁸¹ CUNHA, José Ricardo Ferreira. A Lanterna de Diógenes. In BRITO, Leila Maria Torraca de. (Coord.). *Jovens em conflito com a lei: a contribuição da universidade ao sistema socioeducativo*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. P. 61.

que, com a adoção de um modelo penal para os atos infracionais e as medidas socioeducativas, não se romperiam as barreiras que separam a responsabilização de jovens daquela dos adultos. Nesse sentido, Marcelo Gomes SILVA expõe com clareza:

As figuras típicas dos crimes já são as mesmas utilizadas para a representação contra o adolescente. Passa-se, então, num segundo passo, a se admitir ‘prescrição’ de ato infração, para posteriormente propiciar ‘progressão de regime’, ‘detração penal’, ‘sursis’ etc. Só que resta velada a possibilidade da via contrária começar a ser utilizada, ou seja, operadores menos (ou mais) avisados entenderem que, se valem os benefícios, valem também os ônus, quais sejam, ‘regressão’ de medida, reincidência, regime disciplinar diferenciado etc. Em resumo, ocorrerá uma redução da idade para imputação de responsabilidade penal, de forma implícita, a pretexto de proteger as garantias dos adolescentes. É um cavalo de Tróia¹⁸².

Ainda, Olympio de Sá SOTTO MAIOR NETO atenta para o risco de um Direito Penal Juvenil:

a proposta do “Direito Penal Juvenil” ou mesmo do reconhecimento de que a medida socioeducativa tem caráter penal deve ser afastada ao tempo que implica visível – e perigoso – retrocesso. De um lado porque, ao contrário do que acontece com as normas do Processo Penal (que traduzem regras de garantia do cidadão – p. ex., as referentes ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório etc. – e foram corretamente recepcionadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente), o sistema jurídico-penal é especialmente marcado pela desigualdade, notadamente nos processos de criminalização primária, ou seja, da formação da lei penal (em que se constata a proteção privilegiada aos interesses das classes dominantes e a defesa fragmentada de bens essenciais à sociedade – como na chamada criminalidade do “colarinho branco”)¹⁸³.

¹⁸² SILVA, Marcelo Gomes. Ato infracional e garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil. Florianópolis: Editora Conceito, 2008. p. 85.

¹⁸³ SOTTO MAIOR NETTO, Olympio de Sá. Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional. In. *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 145.

Também neste sentido, partindo de pressupostos da criminologia crítica e da psicanálise, afirmam Alexandre Moraes da ROSA e Ana Christina Brito LOPES que

Não se trata de resgatar o falso e enfadonho dilema de construção de um Direito Penal Juvenil, proposta defendida por muitos sob o argumento de que a ausência de aplicação das normas de Direito Penal torna a atuação na seara infracional discricionária, sendo que somente o Direito Penal concederia a segurança jurídica almejada aos adolescentes. Estes partidários, na sua maioria, sofrem de uma deficiência criminológica assustadora.

(...)

Apenas para apontar – dentre outros equívocos –, dois dos problemas mais graves de suas posições, cabe indicar que: a) a ‘pertinência pedagógica’ é do registro do Imaginário e totalitário; e, b) impossível a configuração do ato infracional como conduta típica, antijurídica e culpável, no estilo do senso comum teórico do Direito Penal (Damásio, Mirabete e Capez), transformando culpabilidade em responsabilidade, porque não são, absolutamente, sinônimos¹⁸⁴.

Interessante ainda o posicionamento de Mário Luiz RAMIDOFF¹⁸⁵, que, tratando do assunto, afirma existir no Direito Penal Juvenil uma pretensa "bondade punitiva", que não faria qualquer sentido lógico, uma vez que se manteria integrado a uma racionalidade que propaga a submissão, própria do Direito Penal. Em suas palavras:

Isto [o discurso do Direito Penal Juvenil] apenas (re)vivifica, no senso comum e na opinião pública, a necessidade de um Direito Penal que sirva muito mais para punir do que, verdadeiramente, para garantir alguma coisa, senão, a mera garantia da ritualização do castigo - da dor, do sofrimento, da introjeção da culpa, da vitimização, da criminalização, enfim, da estigmatização - dos jovens brasileiros¹⁸⁶.

Portanto, é necessário se perceber que, se o que efetivamente está se buscando é a proteção dos direitos dos adolescentes infratores, é muito mais

¹⁸⁴ ROSA, Alexandre Moraes da.; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional*. Princípios e Garantias Constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.XXXIII-XXXVI.

¹⁸⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato infracional e medidas socioeducativas*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 57.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 59.

adequada e benéfica a aplicação das disposições criteriosas do Estatuto da Criança e do Adolescente do que as arcaicas circunstâncias do Código Penal, cujo sistema instaurado é comprovadamente falho, retrógrado e ineficaz para a proteção dos bens jurídicos.

Afinal,

a adoção do Direito Penal Juvenil, ao dar conotação de pena às medidas socioeducativas, quando elas não a têm, para a partir daí assegurar direitos e garantias, joga toda a construção do novo paradigma na vala comum do Direito Penal, criando dois problemas: o de não cumprir a proposta de (re)inclusão social e educacional e o de repetir o fracassado modelo adulto. Não custa lembrar que esses são dois dos principais argumentos utilizados, inclusive pelos defensores do Direito Penal Juvenil, contra a redução da maioridade penal. Ou não?¹⁸⁷

Assim, refutando-se a existência de um Direito Penal Juvenil, mas reconhecendo que as medidas socioeducativas vêm ainda sendo aplicadas de um modo inadequado, busca-se no próximo ponto explicar como o Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicado a partir de uma ótica constitucional, é suficiente para a garantia dos direitos dos adolescentes em conflito com a lei.

6.1. AS GARANTIAS CONSAGRADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme apontado anteriormente, entendemos que não é necessário nem muito menos desejável ou recomendável a adoção de um Direito Penal Juvenil, em razão de todos os riscos, problemas, falhas e defeitos existentes em nosso sistema penal, não sendo crível que, ao aplicá-lo aos adolescentes infratores, este não irá tão somente conferir-lhes garantias e proteger seus direitos, mas, muito provavelmente, trará consigo toda sua força repressiva, seu caráter estigmatizante, excludente e seletivo. Nos opomos, assim, à existência de um Direito Penal Juvenil.

¹⁸⁷ SILVA, Marcelo Gomes. *Ato infracional e garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil*. Florianópolis: Editora Conceito, 2008. p. 96-97.

Entretanto, é necessário o questionamento: se não por meio dos institutos penais e processuais penais, como proteger as garantias e direitos dos adolescentes infratores ao longo do processo judicial?

Contudo, analisando todo o histórico e evolução do tratamento conferido aos jovens infratores, a resposta parece clara. Desde a Declaração de Genebra de 1924 já se percebe a preocupação internacional em assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes, sendo que, com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 (aprimorada pelas Regras de Beijing de 1985, pelas Regras de Tóquio de 1990 e pelas Diretrizes de Riad para a prevenção da delinquência juvenil de 1990)¹⁸⁸, e, nacionalmente, com a Constituição Federal em 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, percebe-se a evolução no sentido de reconhecer no jovem sua individualidade e sua condição de sujeito de direito, e não de mero objeto.

Assim, como defende Mário Luiz RAMIDOFF,

Idêntica proposição afirmativa dos direitos fundamentais afetos à infância e à juventude já havia sido consignada no texto constitucional – art. 227, da Constituição da República de 1988 – através da adoção da denominada '*doutrina da proteção integral*', cuja vertente humanitária se fundamenta na '*teoria do interesse*', isto é, do superior e do '*melhor interesse da criança*' e do adolescente, enquanto opção político-ideológica social do Constituinte de 1987/1988¹⁸⁹.

¹⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral das Nações Unidas. Resolução nº 1386. **Declaração dos Direitos da Criança**. 20 de novembro de 1959. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_13.htm>. Acesso em 18/10/2015. Neste sentido, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 assim estabelece: "Considerando que a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento; Considerando que a necessidade de tal protecção foi proclamada na Declaração de Genebra dos Direitos da Criança de 1924 e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos estatutos de organismos especializados e organizações internacionais preocupadas com o bem-estar das crianças; Considerando que a Humanidade deve à criança o melhor que tem para dar, A Assembleia Geral Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança com vista a uma infância feliz e ao gozo, para bem da criança e da sociedade, dos direitos e liberdades aqui estabelecidos e com vista a chamar a atenção dos pais, enquanto homens e mulheres, das organizações voluntárias, autoridades locais e Governos nacionais, para o reconhecimento dos direitos e para a necessidade de se empenharem na respectiva aplicação através de medidas legislativas ou outras progressivamente tomadas de acordo com os seguintes princípios (...)".

¹⁸⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. Lições de Direito da Criança e do Adolescente: *Ato Infracional e Medidas Sócioeducativas*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 83-84.

Também Olympio de Sá SOTTO MAIOR NETTO defende que

O sistema estabelecido pelo legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente (mediante o instituto da remissão, a inexistência de medidas que correspondam necessária e proporcionalmente a determinados atos infracionais, a possibilidade de substituição das mesmas a qualquer tempo e assim por diante) permite temperar e corrigir os equívocos e injustiças do Direito Penal, apresentando-se, portanto, como avanço a ser considerado pelo legislador para aprimoramento da lei penal e não viceversa¹⁹⁰.

Ainda, Murilo DIGIÁCOMO defende que a solução dos problemas da delinquência e da aplicação da medida socioeducativa exige um posicionamento completamente oposto ao Direito Penal Juvenil, com o fortalecimento do Direito da Criança e do Adolescente a partir do reconhecimento de sua individualidade e da análise de seu contexto:

Com efeito, o atendimento adequado - e bem sucedido - do adolescente em conflito com a lei tem como verdadeiro **pressuposto** a implementação de **políticas públicas intersetoriais** em nível **municipal** (cf. art. 88, inciso I, e arts. 87, 90, 101, 112 e 129, da Lei nº 8.069/90), com envolvimento direto dos órgãos e serviços públicos com atuação nas áreas da educação, saúde, assistência social, cultura, esporte, lazer etc., que deverão agir de forma coordenada e articulada (cf. art. 86, da Lei nº 8.069/90) na descoberta das **causas** da conduta infracional, do **contexto sócio-familiar em que vive o adolescente** e na elaboração e implementação de estratégias que permitam **seu tratamento individualizado**, em respeito às suas **necessidades pedagógicas específicas** (cf. arts. 113 e 100, primeira parte, da Lei nº 8.069/90), com a **seriedade, intensidade e profissionalismo** que se fazem indispensáveis (grifos do original)¹⁹¹.

Portanto, pode-se defender que a resposta encontra-se na aplicação efetiva da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de

¹⁹⁰SOTTO MAIOR NETTO, Olympio de Sá. Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional. In. *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 145.

¹⁹¹DIGIÁCOMO, Murilo. Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. In *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. P. 209-210.

onde podem-se retirar todas as garantias e direitos necessários aos adolescentes infratores.

Deste ponto de vista, assim defende Mário Luiz RAMIDOFF:

já se encontram consignadas as garantias processuais, enquanto direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa (autodefesa e defesa técnica) e ao contraditório, especificamente, de acordo com o arts. 110, 111 e 152, da Lei Federal 8.069, de 13.07.1990¹⁹².

Nesse sentido, já em 1991 Conceição A. MOUSNIER¹⁹³ identificava no Estatuto da Criança e do Adolescente as seguintes garantias: devido processo legal (art. 110); pleno e formal conhecimento da atribuição do ato infracional, mediante citação ou meio equivalente (art. 111, I); igualdade na relação processual (art. 111, II); defesa técnica por advogado (art. 111, III); assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da Lei (art. 111, IV); direito à oitiva pessoal (art. 111, V); e direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (art. 111, VI).

Alexandre Morais da ROSA e Ana Christina Brito LOPES¹⁹⁴ defendem, igualmente, a necessidade de uma “oxigenação constitucional” às “regras do jogo” democrático que irão fundamentar o provimento judicial nos processos infracionais, de modo a levar em conta não apenas a Constituição da República, mas também os Direitos Humanos. Assim, a partir da constitucionalização do processo infracional, reconhecem neste, dentre outras, as seguintes garantias:

- a) direito de defesa técnica com tempo e meios adequados, inclusive na remissão (...)
- b) direito à presunção de inocência e liberdade como regra, com excepcionalidade da internação provisória (...)

¹⁹² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato Infracional e Medidas Socioeducativas*. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 60.

¹⁹³ MOUSNIER, Conceição A. *O Ato Infracional: à luz da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e das Regras Mínimas de Beijing*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991. p. 19-26.

¹⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da.; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 212-218.

- c) direito de recorrer em liberdade mesmo sem se recolher ao centro de internamento (...)
- d) direito a juiz e Ministério Público natural e competente (...)
- e) direito a ampla defesa, com intimação para todos os atos processuais, inclusive precatória (...)
- f) direito ao silêncio e de não se incriminar (...)
- g) vedação da *reformatio in pejus* (...)
- h) vedação do uso de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa (...)
- i) direito à publicidade do processo em sua relação (...)
- j) direito de jurisdicalização da Execução da medida socioeducativa (...)
- l) direito de estar presente nos atos processuais e se confrontar com as testemunhas e informantes (...)
- m) prescrição da medida socioeducativa (...)
- n) direito de solicitar a presença de seus pais e defensores a qualquer tempo (...)
- o) direito de não ficar internado [provisoriamente] mais de quarenta e cinco dias (...)
- p) impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança (...)
- q) inutilizabilidade das provas não produzidas no processo e em contraditório (...)
- r) inconstitucionalidade da internação-sanção por violação do devido processo legal (...)
- s) assistência medida, social, psicológica e afetiva (...)
- t) análise das condições da ação infracional em decisão fundamentada: As condições processuais devem estar presentes, dentre outras: a) tipicidade aparente; b) ausência de causa extintiva (prescrição, decadência, etc.); c) legitimidade de parte; d) representação apta; e) prova da materialidade nas condutas que deixam vestígios (CPP, art. 158); f) justa causa¹⁹⁵.

Destacam Moraes da ROSA e Brito LOPES¹⁹⁶, assim, em conclusão, que é necessário uma mudança de mentalidade, não podendo mais se recorrer única e exclusivamente ao Código de Processo Penal como se fosse o único Estatuto Processual Penal brasileiro, “uma vez que suas disposições, muitas vezes fascistas, precisam ser democratizadas”.

Conclui-se, assim, que é necessário operar uma mudança de paradigma no que se trata do adolescente em conflito com a lei, a fim de reconhecer que efetivamente a medida socioeducativa não possui caráter penal, tratando-se tão somente de uma medida judicial *strictu sensu*. Há que se reconhecer a autonomia do Direito da Criança e do Adolescente, afastando-se

¹⁹⁵ ROSA, Alexandre Moraes da.; LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 212-218.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 218-219.

definitivamente qualquer tentativa no sentido de submeter o tratamento destes jovens ao Direito Penal, superando-se finalmente as Etapas Indiferenciada e Tutelar e os malfadados Códigos de Menores. Afinal, conforme pode-se observar, todas as garantias e direitos necessários a fim de proteger integralmente as crianças e adolescentes encontram-se estabelecidas em nossa Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo necessária, sim, a aplicação efetiva destes diplomas legais nos processos judiciais.

7. CONCLUSÃO

Conforme verificado ao longo deste trabalho, o tema da delinquência juvenil e suas consequências jurídicas tem se mostrado de extrema relevância atualmente, estando em pauta nos debates dos mais diversos âmbitos da sociedade, verificando-se um forte apelo midiático quanto ao assunto, com fortes repercussões sociais e legislativas. Ademais, notou-se que o tema, até mesmo por sua atualidade, está longe de ser univocamente compreendido no meio jurídico, existindo fortes divergências na doutrina em relação ao modo de seu tratamento.

Assim, buscando compreender este fenômeno social e jurídico, este estudo debruçou-se sobre sua evolução histórica e suas características, focando-se especificamente nas medidas socioeducativas, ou seja, nas consequências da prática de um ato infracional por um adolescente. Procurou-se expor, deste modo, as divergências existentes quanto à sua natureza jurídica e seu conteúdo, buscando responder a uma questão central: a medida socioeducativa possui – ou deve possuir – natureza punitiva e conteúdo pedagógico?

Desta forma, inicialmente, buscou-se explorar como se deu a evolução do reconhecimento da criança e do adolescente ao longo da história, percebendo-se que estes institutos, “infância” e “adolescência”, nem sempre existiram, tratando-se, em verdade, de uma construção social, sobretudo, a partir do contexto das Revoluções Industriais. Ademais, pesquisou-se no que consiste a delinquência juvenil, quais suas causas e características, demonstrando-se que, de acordo com estudos da Organização das Nações Unidas (ONU), este fenômeno é, em grande parte, resultado das precárias condições de vida em razão da pobreza. Concluiu-se, assim, que os jovens que praticam infrações penais e passam a cumprir medidas socioeducativas, em geral, já são vítimas da exclusão social e da pobreza.

Em seguida, buscou-se apresentar um panorama geral da evolução histórica do tratamento penal destinado aos menores de dezoito anos autores de atos infracionais. Percebeu-se, assim, a existência de três etapas históricas:

1) a Etapa Indiferenciada, com a Doutrina Penal do Menor, que durou no Brasil desde o descobrimento até o início do período republicano, na qual crianças e adolescentes eram tratados praticamente da mesma forma que os adultos, marcadamente com a prisão/acolhimento de jovens e adultos sendo cumpridas nas mesmas instituições carcerárias; 2) a Etapa Tutelar, com a Doutrina da Situação Irregular, iniciada em nosso país na década de 1920, tendo como característica a busca do controle e do saneamento social, marcadamente com a ausência de distinção entre o jovem abandonado, necessitado de proteção, e o jovem infrator, aplicando-se as medidas tanto aos infratores quanto aos carentes; e 3) a Etapa Penal Garantista, com a Doutrina da Proteção Integral, iniciada internacionalmente com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Esta etapa é marcada pelo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, priorizando-se a busca por sua proteção integral, e, no campo penal, com a exclusão da responsabilidade do sujeito com idade inferior a dezoito anos.

Assim, em seguida, buscou-se demonstrar, no quarto capítulo, como se estabeleceu a Doutrina da Proteção Integral e como o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou afirmá-la e quais alterações trouxe ao tratamento destinado àqueles que praticam atos infracionais. Percebeu-se, assim, a existência de três níveis de políticas públicas voltadas aos menores de dezoito anos de idade: as políticas básicas, as de proteção especial e as socioeducativas. Nas primeiras, encontram-se disposições referentes à toda infância e juventude, buscando assegurar que alcancem, indistintamente, todas as condições básicas necessárias ao seu desenvolvimento. Nas segundas, as disposições referentes à proteção de jovens em situação de risco pessoal ou social, que estejam sofrendo violações aos seus direitos. E, por fim, no terceiro nível, as medidas socioeducativas, destinadas aos adolescentes autores de atos infracionais, objeto dos dois capítulos seguintes.

No capítulo seguinte estudou-se o ato infracional e a medida socioeducativa. Notou-se, em primeiro ponto, que o legislador adotou a noção de que apenas atos tipificados como crimes quando praticados por adultos devem ser considerados como ato infracional, quando o autor for um adolescente, afastando-se qualquer noção de desvio de conduta como

justificativa para aplicação de medidas socioeducativas. Ademais, concluiu-se pela existência de concreta distinção entre o crime e a infração, ante à inexistência de culpabilidade na conduta do infrator.

Ademais, no ponto 5.2 e seguintes, estudou-se o instituto da medida socioeducativa e verificou-se a existência de três correntes doutrinárias acerca de sua natureza jurídica. Em primeiro lugar, e, ao menos em tese, já superada, a concepção de que a medida socioeducativa é um mecanismo de proteção, própria da etapa tutelar, que entendia que se internava o adolescente para protegê-lo, como se a privação de liberdade fosse um bem para aquele sujeito. A crítica feita a este ponto de vista foi a abertura de um imenso campo de discricionariedade e arbitrariedade ao juiz, que aplicaria ou não a medida ao jovem a partir de sua própria interpretação do que seria melhor para ele, anulando qualquer garantia a qual tenha direito. Em segundo lugar, a corrente que entende a existência de caráter penal nas medidas socioeducativas, defendendo, assim, a existência do Direito Penal Juvenil, melhor analisada no quinto capítulo. E, por fim, a corrente no presente estudo defendida, que entende que a medida socioeducativa trata-se de uma medida judicial *strictu sensu*, sem qualquer caráter punitivo.

Mereceu atenção, ainda, a questão pedagógica da medida socioeducativa, ou seja, o debate quanto ao fato de esta ter ou não uma função educativa. De um lado, verificou-se a existência de um grande número de autores defendendo que a medida deve, sim, educar o adolescente. Entretanto, uma parte da doutrina apontou que esta pretensa função pedagógica configuraria, tão somente, uma forma de reafirmação da ordem dominante, no sentido de que buscaria impor aos jovens infratores – comprovadamente já vitimizados, provenientes das classes mais pobres e excluídas da sociedade – uma lógica dominante, de trabalho, capitalista, buscando, em síntese, a criação de uma massa de trabalho barata e obediente. Seria, assim, uma forma de "docilizar" estes desviantes, a fim de proteger o padrão, o *status quo*. Ademais, apontou-se que, além da questão ideológica, a prática traduz um cenário no qual é impossível alcançar qualquer finalidade educativa, verificando-se instituições de internação despreparadas, mau estruturadas, operando sob uma lógica contraditória (ao mesmo tempo que busca educar, busca punir) e estigmatizante. Neste ponto específico, notou-se um fato interessante: a

existência de contradições quanto às finalidades das medidas socioeducativas. Ou seja, ao contrário do que se possa imaginar, tanto entre aqueles que defendem o caráter punitivo das medidas, quanto entre os que o refutam, existem autores defendendo a existência de finalidade pedagógica e autores defendendo sua ausência. Assim, percebe-se a total divergência doutrinária quanto ao ponto.

Por fim, o último capítulo debruçou-se sobre o Direito Penal Juvenil, buscando refutá-lo e demonstrar sua inadequação, a partir de dois argumentos centrais. Em primeiro lugar, o fato de que o sistema instaurado pelo Direito Penal é falho e ineficaz, sendo altamente excludente, seletivo, estigmatizante e ineficaz para a proteção dos bens jurídicos, constituindo um grande risco a equiparação dos atos infracionais aos crimes e das medidas socioeducativas às penas. Em segundo lugar, a verificação de que não é necessário um Direito Penal Juvenil para conferir aos adolescentes infratores as garantias penais e processuais, uma vez que todas as garantias necessárias à sua proteção integral já estão previstas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo necessário, ao contrário de um retrocesso no sentido do punitivismo, um avanço em direção aos direitos humanos, reconhecendo-se a autonomia de um Direito Infracional que aplique de forma integral e eficiente as disposições constitucionais.

Assim, ao fim, pretendeu-se com o presente trabalho, a partir da análise de alguns pontos relevantes relacionados à delinquência juvenil e suas consequências jurídicas, compreender estes institutos jurídicos de extrema relevância social e fornecer instrumentos suficientes para proteção integral dos adolescentes em conflito com a lei, em respeito à sua dignidade e sua peculiar condição de desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T.; LIMA, Renato S. **O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana**. São Paulo Perspec. 1999, v. 13, n. 4.

ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. **A experiência da internação entre adolescentes**: práticas punitivas e rotinas institucionais. 177 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2010.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

ARIÈS, Philippe. **L'enfant et la famille sous l'Ancien Régime**. Paris: Éditions du Seuil, 1973.

BENAVENTE, Renata. **Delinquência Juvenil**: da disfunção social à psicopatologia. Aná. Psicológica, Lisboa, v. 20, n. 4, nov. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral, volume 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOIRON, Stéphane. **About delinquency in migrant's adolescents nowadays, what are the ties with the integration, the self esteem and the anxiety**. Philosophyt. Université de Grenoble. 2011.

BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, Beatriz. Juventude, Crime & Justiça: uma promessa impagável? In. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Fundamento do Direito penal brasileiro**. 3. ed. Curitiba: Paulo César Busato, 2012.

CALDERONI, Vivian. Adolescentes em Conflito com a Lei: considerações críticas sobre a medida de internação. In: **Revista Liberdades**. n. 05, set./dez. 2010.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2006.

_____. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Panorama Nacional: **A Execução das Medidas Sócioeducativas de Internação**. 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 24/10/2015.

COSTA, Ana Paula Motta. **As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Natureza e Essência da Ação Socioeducativa. In **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; GARCÍA MENDEZ, Emílio (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992.

CRISTINO, Fernanda da Rosa. Considerações sobre o direito penal juvenil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5133>. Acesso em 20/03/2015

CUNHA, José Ricardo Ferreira. A Lanterna de Diógenes. In BRITO, Leila Maria Torraca de. (Coord.). **Jovens em conflito com a lei**: a contribuição da universidade ao sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

DALCIN, Wagner. **Direito Penal Juvenil**: a prescrição dos atos infracionais. 2007. Monografia – Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Porto Alegre, 2007,

DALLARI, Dalmo de Abreu e outros. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DEMO, Pedro. Estatuto da Criança e do Adolescente: tentativa de análise introdutória crítica. In: **Justiça & História**, vol. 6, n. 11, 2006.

DIGIÁCOMO, Murilo. Garantias Processuais do Adolescente Autor de Ato Infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. In **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 6 ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2013.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEIJÓ, Maria Cristina; ASSIS, Simone Gonçalves de. O contexto de exclusão social e de vulnerabilidades de jovens infratores e de suas famílias. In. **Estudos de Psicologia**. Natal, v. 9, n. 1., jan./abr. 2004.

FERRANDIN, Mauro. **Princípio Constitucional da Proteção Integral e Direito Penal Juvenil**: possibilidade e conveniência de aplicação dos

princípios e garantias do Direito Penal Juvenil aos procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2008. 151 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2008, p. 93.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FRASSETO, Flávio. Execução da Medida Sócio-educativa de Internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

FUNDAÇÃO CASA. Superintendência Pedagógica. **Educação e Medida Sócioeducativa: Conceito, Diretrizes e Procedimentos**. São Paulo, 2010. p. 29. Disponível em <<http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/>>. Acesso em 25/10/2015.

GARCÍA MÉNDEZ, Emílio. Infância. **De los derechos y de la justicia**. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2 ed., 2004.

_____. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

IPEA. **Adolescentes em Conflito com a Lei: situação do atendimento institucional no Brasil**. 2003. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em 07/11/2015.

JUÍZO. Direção: Maria Augusta Ramos. Produção: NOFOCO Filmes. Brasil, 2007. 90 min. Formato: 35mm.

LEAL, César Barros. **A delinquência juvenil: seus fatores exógenos e prevenção**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1983.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOUSNIER, Conceição A. **O Ato Infracional: à luz da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e das Regras Mínimas de Beijing**. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1991.

ONU. Department of Economic and Social Affairs. Second United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. **New forms of juvenile delinquency: their origin, prevention and treatment**. 1960. Nova Iorque. p. 33. Disponível em: < www.un.org >. Acesso em 08/11/2015.

ORIONTE, Ivana; SOUSA, Sônia Margarida Gomes. **O significado de abandono para crianças institucionalizadas**. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 11, n. 17, p. 3, jun. 2005.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do "melhor interesse da criança"**: da teoria à prática. II Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1999, Belo Horizonte. Anais... IBDFAM:OAB-MG: Del Rey, 2000, p. 217.

PINGEON, Didier. **La délinquance juvénile stigmatisée**. Genève: Université de Genève, Faculté de psychologie et des sciences de l'éducation. 1982.

QUEIROZ, Bruno Caldeira Marinho de. **Evolução Histórico-normativa da Proteção e Responsabilização Penal Juvenil no Brasil**. 2008. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/evolucao-historico-normativa-da-protecao-e-responsabilizacao-penal-juvenil-no-brasil/8610/>>. Acesso em 20/03/2015.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente: Ato Infracional e Medidas Sócioeducativas**. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da.; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. **Acesso aos Tribunais e acesso à Justiça: Os direitos humanos dos adolescentes a que se atribui a prática de atos infracionais**. Disponível em: <<http://abraminj.org.br>>. Acesso em 10/11/2015.

_____. **Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado Ed., 2005.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Desconstruindo o Mito da Impunidade: um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil**. Brasília: Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente - CEDEDICA, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SHOEMAKER, Donald J. Theories of Delinquency: An Examination of Explanations of Delinquent Behavior, 1996. In: ASSIS, Simone G.; FEIJÓ, Maria C. **O Contexto da exclusão social e de vulnerabilidade de jovens infratores e de suas famílias**. Estudos de psicologia, 2004, v. 9 (1),

SILVA, Marcelo Gomes. **Ato infracional e garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil**. Florianópolis: Editora Conceito, 2008.

SIQUEIRA, Maria Dilma. **A vida escorrendo pelo ralo**: as alternativas de existência dos meninos de rua. Estudos de Psicologia, 1996, v. 2, n. 1.

SOTTO MAIOR NETTO, Olympio de Sá. Garantias Penais do Adolescente Autor de Ato Infracional. In. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

SOUZA, Sergio Muniz. **Delinquência Juvenil**. Rio de Janeiro: Agir. 1959.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos Para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. 2011. 227 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011

TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Evitar o Desperdício de Vidas. In **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WEYRAUCH, Cléia Schiavo. Notas para o estudo da inserção democrática da criança e do adolescente no mercado de trabalho. In: BRITO, Leila Maria

Torraca de (coord.). **Jovens em conflito com a lei:** a contribuição da universidade ao sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.